مشـــروع
تقنين الشريعة الإسلامية

على مذهب

الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه

إعـداد

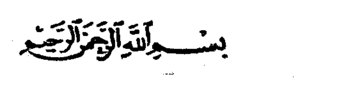
اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية

بقلم
فضيلة الدكتور محمد عبد الرحمن بيصار
الأمين العام للمجمع

يسر الأمانة العامة لمجمع البحوث الاسلامية أن تقدم هذه الطبعة التمهيدية من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ـ رضى الله عنه ـ .

ومجمع البحوث الاسلامية اذ يقدم هذه الطبعة كخطوة على الطريق فى سبيل الوصول الى ابراز الشريعة الاسلامية فى صورتها الأصيلة ، سهلة التناول ، صالحة للتطبيق فى هذا العصر ، يجد فيها المسئولون عن التشريع والقضاء فى البلاد الاسلامية المختلفة غنية عن اللجوء الى التشريعات والقوانين الوضعية ، وهم بصدد ارساء دعائم مجتمعهم ، على أسس من الحق والأصالة والعقيدة الصحيحة ...

يود أن يعرب عن تقديره لما تنطوى عليه هذه المهمة من دقة وجلال ، سواء من الناحية العلمية البحتة ، أو من الجانب الاجتماعى والتاريخى الذى تمر به الشعوب الاسلامية فى هذا العصر ...

لذلك فانه اذ يقدم هذه الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيرى ، يؤكد أن الذين قاموا باعدادها هم نخبة من كبار علماء الشريعة

الاسلامية بالأزهر ، وكبار رجال القانون ، ذوى الحرص الشديد على أن تأخذ الشريعة الاسـلامية مكانتهـا الجديرة بهـا فى حياتنا التشريعية والقانونية ،وأنهم قد بذلوا من الجهد ـ ومايزالون يبذلون ـ الكثير المحمود ، من أجل الخروج بهذا المشروع الى حيـاتنا العامة ، ليكون دليلا عمليا على صلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان ، ووثيقة يستعين بهـا المشرعون والمسئولون فى البلاد الاسـلامية على تنفيـذ ما جاء فى دسـاتيرهم من أن تكون الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للقانون .

كما يؤكد أن البحث مايزال جاريا للوصـول بهذا المشروع الى درجة الـكمال أو مايقرب منـه ، ولـذا فان المجمع يتقبل بكل ترحيب مايبديه المتخصصون من اسهام بالرأى ، على أية صورة من صور هذا الاسـهام ، وأن ذلك كله سـوف يكون موضـع الدرس المستفيض والبحث الدقيق ، والعناية الـكاملة من أعضـاء اللجنة العامة لتقنين الشريعة الاسلامية ، التى تقرر تأليفها من بين أعضاء مجمع البحوث الاسلامية ، ومن ينضم اليهم ، ممن ترى الاستعانة بخبرتهم .

ولقد كان مما يثير العجب ، ويدعو للدهشة ، ويحز فى نفس كل مسلم غيور ، أن تلجأ الأمة الاسلامية ، وتستعين فى أحكامها بقانون وضعى من وضع البشر ، ولو أن واضعه كان ينتمى الى أمتنا الاسلامية لهان الأمر ، لأنه لا محالة كان يلجأ الى دسـتورها الاسلامى ليستنبط منه مواد ذلك القانون ، ولكن الحقيقة أن واضعه لا ينتمى للأمة الاسلامية ، ولا يدين بدينها .

وقد يظن البعض أو يعتقـد أن الشريعـة الاسـلامية لا تفى بحاجيات العصر الذى ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة فى العصر الاسلامى الأول . والواقع أن هؤلاء فى ظنهم مخطئون وعن

تاريخ أمتهم الاسلامية غافلون ، فلو تتبعوا تاريخ هـذه الأمة على مر العصور والأزمان من عصر الاسلام الأول الى أن تغلغل الاسـلام فى بلاد الفرس والروم ، وبعض بلاد أوربا لتبين لهم كيف كانت

تحكم هذه البلاد بهذا الدين الاسلامى الحنيف ٠

لقد خاضت الشريعة الاسلامية ميدان التجربة بنجاح مئات السنين فى ظروف متفاوتة متباينة وتجارب شديدة وخرجت ظافرة بعد أن تفوقت فى مختلف الأجواء والعصور والتقلبات ٠ فمن المؤكد الذى لا مراء فيه أن نظام الاسلام قد عالج بنجاح تام مصالح الدولة الاسلامية فى أوج توسعاتها مئات السنين ، وأقامت الشريعة صرح نظـام ومؤسسات تجـارية وبحرية ومصرفية ، ومصـالح ثقافية وعمرانيـة واجتماعية متينة البنيان ولا يكون ذلك بطبيعة الحـال ـ الا لمتانة اصولها وأحكام أسسها ، فان الشريعة الاسـلامية التى ظهرت فى مجتمع بدائى منحصر فى صحراء الجزيرة ، قد واجهت بكل كفاية وثبات احتياجات سكان الامبراطوريتين الفارسية والرومانية الشرقية ، وأثبتت علوها وتفوقها على نظمهم القديمة ، عندما زادت بها المعاملات رقيا والحضارة تقدما وازدهارا ثم ان هذه الشريعة حكمت التجارة البحرية المزدهرة بين الشرق وجمهوريات ايطاليا عبر البحار، ووضعت أسس القانونين التجارى والبحرى الحديث ، واستوفت احتياجات الحضارة الزراعية ، والصناعية،والتجارية ، فى بلاد الاسلام المختلفة ٠ ولا نجد فى أنواع المعاملات الحديثة والاحتياجات المعاصرة ما يمكن أن يند عن اصول الشرع ، الا أن يكون مستهجنا فى ذاته غير موافق للمثل الفـاضلة وغير مرغوب فى اقراره ، فعند ذلك يجدر علاجه بدواء الشرع وتخليص المجتمع من شره ووباله ٠

ونظرة سريعـة الى الأسس التى تقوم عليهـا النظم التشريعية الأخرى ، نجد أنها لا تدعو الى القدر الكافى لتدعيم الثقة بها ٠ فمثلا

النظم الرأسمالية تقوم على أساس من النظريات الفردية ، التي جعلت أساس الحياة هو المنفعة الفردية وسعي كل انسان الى بلوغ منفعته، وفي ظل هذه النظريات انقطعت صلة التعامل بالضمير، وصار الاستغلال مشروعا للقوي مكفولا له وأدى ذلك الى تحكم رأس المال في الضعفاء . أما النظم الجماعية المتطرفة ـ فقد أدت الى تسخير الفرد لصالح الجماعة تسخيرا تاما وأسقطت من حسبانها الكفاية والكيان الفردي ، والنوازع الشخصية ، وجعلت الانسان ترسا في آلة كبيرة يفنى فيها ، وأدى ذلك الى تبديد الثقة والطمأنينة كلية من جو التعامل وصبغه بصبغة القلق والخوف وعدم الاستقرار .

لهذا لم يكن بدعا أن يوافق مجلس المجمع في جلسته رقم ٢٧ في ١٩٦٧/٣/٨ على أن من مهمة المجمع العمل على ايجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنائية وغيرها اذا ما تقرر في الدستور اتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا للتقنين .

ثم أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد في ١٩٦٨/٩/٢٧ بما يأتي .

« يوصي المؤتمر مجمع البحوث الاسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التي تيسر على المسئولين في البلاد الاسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجاري ، والقانون البحري وغيرها » .

كما وافق مجلس المجمع بجلسته رقم ٦٢ في ١٩٧٠/١/٧ على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومن بينها « تقنين الشريعة الاسلامية » الوارد في خطة لجنة البحوث الفقهية كما اقترحتها بجلستها رقم ٢٠ بتاريخ ١١ اكتوبر ١٩٦٩ .

وقد عقدت لجنة البحوث الفقهية عدة اجتماعات وضعت فيها خطة العمل فى مشروع التقنين •

وقد استقر الرأى على السير فى هذا المشروع على النحو التالى:

١ ـ تقنين المذاهب الفقهية التى يعمل بها فى البلاد الاسلامية ويبدأ فى المرحلةالحالية بتقنينالمذاهب الأربعة : الحنفية ـ الشافعية ـ المالكية ـ الحنابلة • ويقنن كل مذهب على حدة وتصاغ أحكامه فى مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأى الراجح فيه وعلى أن تلحق كل مادة بمذكرة تفسيرية تذكر فيهـا الآراء الأخرى ، كما يذكر فيها الرأى الذى يرى أنه الأنسب للتطبيق فى العصر الحاضر •

٢ ـ بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة ، يبدأ العملفى وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعا ، وبذلك يمكن للمجمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الاسلامية التى ترتبط بمذهب معين قانونا اسـلاميا بصور ذلك المـذهب فى أمانة كما يمكنـه أن يقدم قانونا اسلاميا مختارا من بين المذاهب المعمول بها يفى باحتياجات البيئات التى تطلبه •

وجهات النظر حول منهج السير فى تقنين الشريعة الاسلامية :

• تستخلص وجهات النظر التى تدور حول هـذا الموضوع وأسانيد كل منها والاعتراضات التى وجهتا اليهـا ، ومن محـاضر ومناقشات اللجان الأساسية والفرعية على الوجه التالى :

١ ـ وجهـة نظر ترى أن يكتفى بمراجعة القـانون الوضعى لاقرار مالا يكون مختلفا مع الشريعة الاسـلامية ، وتعـديل مايكون مخالفا ، واضافة مالا يكون مدرجا بهذا القانون وله حكم فى الشريعة•

• وتستند وجهة النظر هذه الى مايأتى :

(أ) أن هذا النهج يحقق السرعة المطلوبة •

(ب) أن كثيراً من القوانين الوضـعية مقتبس من الشريعـة الاسلامية وتنحصر أوجه الخلاف فى مواضع محددة •

وتعارض وجهة النظر هذه بما يأتى :

(أ) ان مصطلحات القانون الوضعى تختلف فى معانيها عن مصطلحات الشريعة الاسلامية وان اتفقت معها فى ألفاظها فى بعض الأحيان •

(ب) ان القانون الوضعى ـ كأى قانون آخر ـ صادر عن عرف خاص ، وبيئة خاصة ، وفلسفة خاصة ، تختلف كثيرا أو قليلا عن الروح الاسلامية ـ ومن ثم فان اقرار ما يبدو منه فى ظاهره متفقا مع الشريعة الاسلامية يجر حتما اقرارا للروح الغربية التى صدر عنها القانون الوضعى •

والى ذلك كانت اشارة فضيلة الشيخ يس سويلم فى جلسة لجنة البحوث الفقهية التاسعة عشرة بقوله « نريد تقديم قانون روحه وجسمه اسلامى » •

مثال ذلك أن مراجعة بعض مواد القانون الجنائى قد تسفر ـ حسب هذا المنهج عن اتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ التعزير فى الاسلام من سعة ومرونة ـ لكنه اذا نظر الى أن هذا القانون الوضعى يعبر عن قيم أخلاقية معينة ســادت فى المجتمـع الغربى فى عصر من العصور وأن مبدأ التعزير فى الاسلام ينبغى أن يكون مرتبطا بالقيم الاخلاقية الخاصة بالمجتمع الاســلامى ونظرة الاســلام الى الثواب والعقاب فانه يصبح من الواجب تجنب القانون الجنائى الوضعى ، والاتجاه الى صياغته من واقع الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى، على هدى قيم الاسلام ومثله العليا •••

(ج) ان هذا الاتجاه يختلف مع ما قرره مؤتمر المجمع ومجلسه

ولجنة البحوث الفقهية حيث تقرر « تقنين الشريعة الاسلامية » لامراجعة القانون الوضعى .

٢ ـ وجهة نظر ترى : أن تقنن الشريعة الاسلامية أساسا على أن ترتب ـ من مبدأ الأمر ـ وفقا لترتيب القانون الوضعى وأبوابه .

وتستند وجهة النظر هذه الى أن هذا الاتجاه هو الذى يحقق سهولة تطبيق الشريعة فى العصر الحديث ، وسرعة انجاز المطلوب .

وتعارض وجهة النظر هذه بما عورضت به وجهة النظر الأولى من اختلاف المصطلحات بين الجانبين ومن صدور كل منهما عن فلسفة خاصة .

مثال ذلك : أن القانون الوضعى وقد جمع أنواع العقود المختلفة تحت باب واحد كان متأثرا بنظريته فى العقد واطلاق ارادة المتعاقدين بينما الشريعة الاسلامية لا تذهب هذا المذهب .

على أن الذين يسوقون هذه المعارضة لا يستبعدون امكان التقريب بين الترتيب الذى يؤخذ به هنا والترتيب الذى يؤخذ به هناك وذلك فى مرحلة ثانية من مراحل العمل ، بعد أن تصاغ المواد من الشريعة الاسلامية مباشرة فتتوفر لها الروح الاسلامية الخالصة .

٣ ـ وجهة نظر ترى أن تقنن الشريعة الاسلامية من مبدأ الأمر فى قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الاسلامية .

وتعارضها وجهة نظر أخرى ترى : أن تقنن أولا المذاهب الفقهية الاسلامية المختلفة، كل منها على حدة، ثم ينظر ـ ثانيا ـ فى وضع القانون الموحد المختار .

وتستند وجهة النظر الأولى الى :

(أ) أن ذلك يحقق السرعة المطلوبة •

(ب) انه يحقق الوحدة الاسلامية المرجوة ويبتعد بالمسلمين عن اثارة الخلافات المذهبية •

(ج) أن المـذاهب الفقهية الاسـلامية تكاد تكون مقننة فى متونها القديمة ولا يحتاج اظهارها فى صورة مواد قانونيـة الا الى فصل عباراتها بعضها عن بعض ، ووضع أرقام لكل منها على أنها مادة مستقلة •

وتستند وجهة النظر الثانية الى :

(أ) أن السرعة يمكن تعويضها بمزيد من الجهد وموالاة العمل•

(ب) أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله ، كما لا يمكن تجاوزه والوحدة الاسلامية لا تتأثر بوجود هذه المذاهب المستندة الى الكتاب والسنة بمقدار ماتتأثر بالتعصب الأعمى لبعضها •

(ج) ان وضع القانون الموحد المختار لابد أن يسبق ـعمليا ـ بتحضير مواده من المذاهب المختلفة ، ليجرى بعد ذلك الترجيح بينها والاختيار منهـا ومن هنـا كان من اللازم تحضير هـذه المواد من المذاهب أولا : فكانت الدعوة الى اغفال تقنين المذاهب دعوة الى اهدار جهد يتم بالضرورة وكانت الدعوة الى تقنينها قبل البدء فى وضع القانون الموحد المختار دعوة الى الاحتفاظ بهـذا الجهـد وتنظيمه ، وتقديمه للبلاد التى تطلبه أو تقديمه للعاملين فى وضع القانون الموحد المختار كمادة للبحث •

(د) أن عبارات المتون بعيدة الى حد كبير عن الوفاء بأغراض التقنين ولا يصح القول انها تتحول الى مواد قانونية لمجرد فصلها وترقيمها وذلك للأسباب الآتية :

١ ـ أن عبارات المتون غامضة أو مختصرة الى حد ، صارت به سببا فى اختلاف الشراح وأصحاب الحواشي فلا تصلح أن تكون مادة قانونية قبل توضيحها ، وتجلية غموضها •

٢ ـ أن المتون قد تجمع بين الآراء الراجح منها وغير الراجح والتقنين يأخذ بما يتبين رجحانه •

٣ ـ أن المتون قد تجرى على أقوال رجح الشارح خلافها والتقنين يأخذ بقول الشارح فى بعض الأحيان بل قد يأخذ بما جاء فى الحواشى والتقارير •

٤ ـ ان أحكام المتون غالبها جزئى والتقنين جعلها قواعد كلية يمكن تطبيقها على كثير من الجزئيات •

٥ ـ أن المتون تشتمل على أحكام تعبدية لا تعرض عادة على التقاضى فلا يصح ذكرها فى مواد القانون •

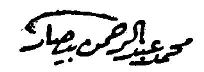
٦ ـ أن المتون كغيرها من أساليب الكلام الانسانى ، تخضع لحكم البيئة والزمن،فمن ثم كان النظر اليها على انها وصلت الى حد الكمال وصارت تستحق الخلود لايتفق مع طبيعتها وكان لابد من أسلوب صياغة جديد لكل زمن جديد : تراعى فيه احتياجاته من حيث الايجاز والاطناب والاجمال والتفصيل والشرح والتمثيل والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من أساليب الكلام وأبوابه •

٧ ـ عملية التقنين لاتقتصر على صياغة المواد وانما تتعداها الى وضع ماتقتضيه من شرح أو مذكرة تفسيرية •

وأخيرا : فلقد سار العمل فى لجان التقنين وفقا لوجهة النظر التى ذهبت الى تقنين المذاهب الفقهية كل على حدة بعيدا عن التأثر بروح القانون الوضعى ونظرياته كمرحلة أولى تتلوها مراحل التقريب والاختيار •

والمجمع فى المرحلة الراهنة بصدد اســتكمال خطوات هــذا المشروع ، ووضع القانون الموحد من بين أحــكام المــذاهب ، وقد ألفت اللجنة المسئولة عن ذلك وباشرت مهمتها ، ونرجو أن تفرغ منه فى وقت يناسب أهمية هذا العمل ، كما يناسب الحاجة الملحة الى اصداره فى أقرب فرصة •

والله الموفق ؟



مشروع تقنين أحكام المعاملات

على مذهب الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه

الخبراء والباحثون الذين أعدوا المشروع

فضيلة الشيخ عبد العظيم محمد بركة

فضيلة الشيخ ابراهيم مخلوف

السيد المستشار زكى الصاوى صالح

فضيلة الشيخ عبد الفتاح محمد بركة



مشروع تقنين الفقه الحنبلي (١)

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد القائل : (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين) وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد . . .

فهذه اصطلاحات لابد من معرفتها لكل قارىء في مراجع الفقه الحنبلي .

الرواية : الحكم المروى عن الإمام في مسألة .

---

(١) المراجع (أ) كشاف القناع ، (ب) منتهى الأرادات كتابان مطبوعان في كتاب واحد . الكشاف في الصلب والمنتهى بالهامش . الطبعة الأولى المطبعة العامرية الشرقية سنة ١٣١٩ هـ .

(حـ) المغنى . (ى) الشرح الكبير كتابان مطبوعان في كتاب واحد ، المغنى في أعلى الصفحة ، والشرح الكبير في أدناها . مفصولا بينهما بخط ، مطبعة المنار الطبعة الثانية سنة ١٣٤٧ هـ

الوجه : الحكم المنقول فى مسألة لبعض الأصحاب المجتهدين ممن رأى الامام . فمن بعدهم جاريا على قواعد الإمام ، وربما كان مخالفاً لقواعده إذا عضده الدليل .

الاحتمال : فى معنى الوجه ، إلا أن الوجه مجزوم بالفتيا به ، والاحتمال يبين أن ذلك صالح لكونه وجها .

التخريج : نقل حكم إحدى المسألتين المتشابهتين إلى الأخرى ، ما لم يفرق بينهما أو يقرب الزمن ، وهو فى معنى الاحتمال .

كتاب البيع

تعريفه وأركانه

مادة (١) : البيع مبادلة مال ولو فى الذمة ، أو منفعة مباحة مطلقاً . بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض .

إيضاح [1]

المبادلة جعل شىء فى مقابلة آخر ، والمال مافيه منفعة مباحة بغير حاجة أوضرورة ، فليس من المال مالا نفع فيه مطلقاً ، كبعض الحشرات ، وما فيه نفع محرم كالخمر ومافيه منفعة مباحة للحاجة كالكلب ، ومافيه منفعة مباحة للضرورة كالميتة فى حال المخمصة ، وكالخمر لدفع لقمة غص بها . سواء كان ذلك المال نقداً أو غيره . معيناً أو موصوفاً فى الذمة .

والمنفعة المباحة على الإطلاق مالا تختص إباحتها بحال دون أخرى كنفع ممر الدار ، وكنفع بقعة تحفر بئراً ، وخرج بقيد التأبيد الإجارة

---

(١) كشاف القناع صفحة ٢ الجزء الثانى :

لأنها مؤقتة بحسب الأصل ، وخرج الربا والقرض لأن الربا محرم والقرض وإن قصد فيه المبادلة لكن المقصود الأعظم فيه الأرفاق .

* * *

مادة (٢) : أركان البيع ثلاثة : عاقد . ومعقود عليه ، وصيغة . وهي : إما قولية أو فعلية .

إيضاح [1]

والعاقد بائع ومشتر ، والمعقود عليه الثمن والمثمن ، والصيغة : قولية أو فعلية :

فالصيغة الفعلية : هي كل ما يحصل من العاقدين مما يدل على البيع والشراء عادة ، سواء كان فيه قول من أحدهما وعمل من الآخر . أو لم يكن فيه قول أصلا .

مثال ذلك : أن يقول : المشترى للبائع أعطني بهذا الدرهم خبزاً فيعطيه البائع ما يرضيه بدون قول ، أو يقول : خذ هذه السلعة بكذا فيأخذها المشترى ويسكت ، أو يضع المشترى الثمن المعلوم للمبيع عادة ويأخذه من غير لفظ من أحدهما ، ولو لم يكن المالك حاضراً للعرف . ويعتبر لصحة بيع المعاطاة أن يكون القبض عقب الطلب ، أو أن

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤ ، الشرح الكبير صفحة ٣ .

يكون الإقباض عقب الطلب ، فتأخير القبض أو الإقباض على الطلب مبطل للبيع .

* * *

مادة (٣) : (ا) الصيغة القولية تتـكون من إيجاب ، وقبول بعد الإيجاب .

(ب) يصح تقدم القبول على الإيجاب بلفظ أمر ، أو بلفظ ماض مجرد عن استفهام ، أو تمن أو ترج[١] .

إيضاح

(ا) الصيغة القولية : تتـكون من إيجاب وقبول ، والإيجاب : هو ما يصدر من البائع من كل لفظ يؤدى معنى البيع ، كبعتك ، وملـكتك ، واشركتك فيه ، أو أعطيتكه بكذا .

والقبول : ما يصدر من المشترى بأى لفظ دال على الرضا بالبيع بعد الإيجاب . نحو ابتعت ؛ أو قبلت ، أو رضيت ، أو تملـكت ، أو اشتريت ، أو أخذت .

(ب) يصح تقدم القبول على الإيجاب : بلفظ أمر ، كبعنى كذا

---

(١) كشاف القناع صفحة ٣ ، الشرح الـكبير صفحة ٣ .

بكذا ، أو أعطني، أو بلفظ ماض مجرد عن استفهام ، أو تمن ، أو ترج، نحو اشتريت منك كذا بكذا .

أما ابعتنى ، أو لينك . أو لعلك بعتنى ؟ فلا يصح ، كما لا يصح بلفظ مضارع مطلقاً ، نحو أتبيعنى أو تبيعنى كذا .

وصحة تقدم القبول على الإيجاب : هو الراجح فى المذهب ، ويروى عن الإمام عدم الصحة ، لأن القبول مبنى على الإيجاب ، فإن لم يتقدم الإيجاب فقد أتى بالقبول فى غير محله ، فوجوده كعدمه ، ولأن القبول بلفظ الأمر لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع ، فلم يصح إذا تقدم .

* * *

مادة (٤) : يجب أن يحصل القبول فور الإيجاب إلا فى حالتين :

الأولى : أن يكون العاقدان فى مجلس العقد ولم يتشاغلا عن العقد بما يقطعه عرفا .

الثانية : إذا كان المشترى غائباً عن مجلس العقد وكاتبه البائع أو راسله بالبيع فقبل المشترى حين بلغه الإيجاب[1] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤ ، الشرح الكبير صفحة ٤ .

إيضاح

يجب أن يحصل القبول فور الإيجاب ، لأن تراخيه عنه يدل على الإعراض عن الإيجاب ، أشبه مالو صرحا بالرد ، وقد استثنت المادة من ذلك حالتين : يصح البيع فيهما مع تراخي القبول عن الإيجاب .

الحالة الأولى : أن يكون العاقدان فى المجلس ولم يتشاغلا عن العقد بما يقطعه عرفاً . وإنما صح البيع فى هذه الحالة ، لأن حالة المجلس كحالة العقد ، بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يعتبر فيه القبض .

الحالة الثانية : إذا كان المشترى غائباً عن المجلس وكاتبه البائع أو راسله بالبيع . فقبل المشترى حين بلغه الإيجاب ، وإنما صح البيع فى هذه الحالة أيضاً مع تراخي القبول ، لأن التراخى مع غيبة المشترى لا يدل على إعراضه عن الإيجاب بخلاف ما لو كان حاضراً .

* * *

مادة (٥) : يشترط لانعقاد البيع أن يتطابق الإيجاب والقبول : فى قدر الثمن ، ونوعه ، وصفته ، والحلول ، والأجل[١] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٣ .

إيضاح

يشترط لانعقاد البيع أن يتطابق الإيجاب والقبول : فى قدر الثمن، ونوعه، وصفته، والحلول، والأجل، فإن اختلف القبول عن الإيجاب فى أحد هذه الأمور، لم ينعقد البيع . إذ يعتبر ذلك رداً للإيجاب لا قبولا له .

فإذا قال البائع : بعتك هذا بعشرة مثلا، فقال المشترى قبلت شراءه بثمانية، أو قال البائع بعتكه بعشرة دراهم، فقال المشترى قبلت بدينارين، أو قال بعتكه بعشرة دراهم حالة، فقال قبلت بعشرة مؤجلة، لا ينعقد البيع، فى هذه الصور، لأن القبول مخالف للإيجاب، فيعتبر رداً له .

* * *

مادة (٦) : يعتبر لانعقاد البيع إرادة حقيقته : بأن يكون كل من البائع والمشترى راغباً فيما بذل له[١] .

إيضاح

يعتبر لانعقاد البيع إرادة حقيقته : فلا ينعقد بيع هازل، ولا بيع تلجئة وأمانة، والهازل غير الجاد . وبيع التلجئة

---

(١) كشاف القناع ص ٥

والأمانة : هو ما يظهره العاقدان للاحتياج إليه ، لدفع ظالم عن البائع، حيث تواطآ على أنه بيع تلجئه ، لا بيع رغبة ، وهو غير منعقد : لأن القصد منه ، التقية لا الرغبة ، فإن لم يسبق العقد تواطؤ انعقد البيع ، ولو كان البيع خوفاً من ظالم ، أو خشية الضياع ، أو النهب، أو الغصب، مادامها لم يتواطآ .

* * *

مادة (٧) : إذا ادعى البائع أن البيع وقع تلجئة ، أو هزلا وكانت هناك قرينة دالة على ذلك ، قبل قوله مع يمينه ، وإن لم توجد قرينة ، لم تقبل دعواه إلا ببينة[١] .

---

(١) كشاف القناع ص ٥ ، ٦ .

شروط صحة البيع

مادة (٨) : الشرط الأول :

(رضا المتعاقدين ، إلا أن يكون البائع مكرهاً من الحاكم بحق) .

إيضاح

من شروط صحة البيع ، رضا المتعاقدين به ، بأن يأتيا به اختياراً ، لقوله تعالى :

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولحديث النبي — صلى الله عليه وسلم — « إنما البيع عن تراض » رواه ابن حبان . فإن كانا أو أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط . إلا أن يكون الإكراه بحق كالذى يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه . فيصح البيع :

---

(١) كشاف القناع ص ٦ الشرح الكبير ص ٥ .

ويعتبر مكرها من استولى على ملكه بلا حق فطلبه فجحده المستولى عليه ، أو منعه إياه ، حتى يبيعه له ، فباعه على هذا الوجه . فمثل هذا : يعتبر مكرها بغير حق ، فلا يصح بيعه لأنه ملجأ إليه .

أما لو باع ماله خوفاً من ظالم ، أو خوفاً من ضياعه ، أو نهبه ، أو سرقته ، أو غصبه ، من غير تواطؤ مع المشترى على أنه بيع تلجئة وأمانة فالبيع صحيح . لأنه صدر من أهله فى محله من غير إكراه على نحو ما سلف فى شرح المادة السادسة .

* * *

مادة (٩) الشرط الثانى :

(ا) أن يكون كل من البائع والمشترى أهلا للتصرف ، أى عاقلا ، بالغاً حراً رشيداً .

(ب) يصح التصرف فى الكثير من الصبى المميز والسفيه بإذن الولى . والرقيق بإذن سيده ، وفى القليل بلا إذن . كما يصح فى القليل من الصبى غير المميز بغير إذن[1] .

---

(١) كشاف القناع ص ٦ ، ٧ . الشرح الكبير ص ٦ .

إيضاح

(ا) الشرط الثانى من شروط صحة البيع : أن يكون كل من العاقدين . أهلا للتصرف . فلا يصح من المجنون ونحوه كالسكران والمغمى عليه التصرف بحال ما . لا بإذن ولا بغير إذن ، فى قليل او كثير ، وتتحقق الأهلية بأن يكون العاقد عاقلا بالغاً حراً رشيداً .

(ب) يصح تصرف كل من الصبى المميز والسفيه بإذن وليهما ولو فى الكثير لقوله تعالى :

« وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف إليهم فى البيع والشراء ، ليعلم هل رشد أولا ، ولأنه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه بإذن وليه . ولأن معرفة رشده شرط لدفع ماله إليه وصحة تصرفه ، وفارق غير المميز . فإنه لا تحصل له المصلحة بتصرفه . لعدم تمييزه ومعرفته ، ولا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله .

ولا يصح من المميز والسفيه قبول هبة ، ووصية . بلا إذن ولى ، وصححه بعض الفقهاء .

ويحرم إذن ولى لهما بالتصرف فى مالهما بلا مصلحة ، لأنه إضاعة المـال .

وفى رواية أنه لا يصح تصرف المميز حتى يبلغ ، لأنه غير مكلف فأشبه غير المميز . وكذا لا يصح من السفيه لأن الحجر عليه لتبذيره

وسوء تصرفه ، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح .

ويصح التصرف من الرقيق ، والصغير غير المميز ، والسفيه ، فى القليل بغير إذن ، كرغيف ونحوه . لأن الحجر عليهم لخوف ضياع المال وهو مفقود فى اليسير .

* * *

مادة (١٠) : الشرط الثالث :

« أن يكون كل من المبيع والثمن مالا . أو نفعاً مباحا مطلقا[١] » .

إيضاح

الشرط الثالث من شروط صحة البيع : أن يكون كل من المبيع والثمن مالا ، أو نفعاً مباحاً مطلقاً. فجلد الميتة المدبوغ مثلا لا يباع هو، ولا نفعه . حيث لا ينتفع به إلا فى اليابسات ، فمنفعته غير مطلقة .

ويصح بيع دود القز وبذره قبل أن يدب ، وديدان لصيد سمك ، وعلق لمص دم ، فى أصح الوجهين . وذهب بعض الأصحاب إلى عدم الصحة لشبهها بما لا نفع فيه . حيث لا ينتفع بها إلا نادراً . كما يصح

---

(١) كشاف القناع ص ٧ ، الشرح الكبير ص ٨ ، ١٥ .

بيع طير لقصد صوته : كبلبل ، وقرى ، وببغاء . كما يصح بيع نحل ، وهر ، وسباع بهائم ، وجوارح طير يصلحان لصيد سواء كانت معلمة أو تقبل التعليم : كما يصح بيع قرد لحفظ لا للعب ، كما يصح بيع مريض ولو مأيوس منه . ولبن امراة .

هذا على الرواية الراجحة .وروى عن الإمام عدم الصحة .

ولا يصح بيع كلب مطلقاً ، ولو مباح الاقتناء . ويحرم اقتناء الكلاب الا كلب لحراسة زرع ، أو ماشية،أو صيد وفيه احتمال لإباحة اقتنائه لحفظ البيوت . إلا أن المنع أصح .

ولا يجوز بيع الأدهان النجسة ، وروى عن الإمام جواز بيعها لكافر يعلم نجاستها ، لأنه يعتقد حلها ويستبيح أكلها . والصحيح الأول كما لا يباع له الخمر والخنزير مع اعتقاده حلها . وفى جواز الاستصباح بها روايتان . ويقاس على جواز الاستصباح بها كل انتفاع لا يفضى إلى التنجس فإنه يجوز .

* * *

مادة (١١) : الشرط الرابع :

« أن يكون المبيع ملكا للبائع أو مأذونا له بالتصرف فيه من الشارع أو المالك حين العقد ، وكذلك الثمن بالنسبة للمشترى إلا أن يكون أحدهما موصوفا فى الذمة[١] .

(١) كشاف القناع ص ١١ .

إيضــاح

الشرط الرابع من شروط صحة البيع : أن يكون المبيع ملكاً للبائع أو مأذوناً له بالتصرف فيه من الشارع ، أو من المالك حين العقد . وكذلك الثمن يكون ملكاً للمشترى أو مأذوناً له بالتصرف فيه .

والمراد بالملك ، الملك التام . أما المملوك ملكاً ناقصاً : كالموقوف على معين وكالمبيع زمن الخيارين فلا يصح التصرف فيه لعدم الملك التام .

والمأذون له من الشارع : كولى الصغير أو السفيه وكناظر الوقف، والمأذون له من المالك كالوكيل .

ويصح بيع غير المملوك إذا لم يكن معينا أى لم يكن حاضراً بل كان موصوفاً بالصفات التى يختلف بها الثمن اختلافاً كبيراً .

وإذا كان كل من المبيع والثمن موصوفاً فى الذمة أى غير معين فلا بد لصحة البيع من قبض أحد العوضين فى المجلس . حتى لا يكون بيع دين بدين وهو باطل .

* * *

مادة (١٢) « العبرة بكون أحد العوضين مملوكا أو مأذونا فى التصرف فيه بالواقع والحقيقة لا بما فى ظن المتصرف[١] .

(١) كشاف القناع ص ١١ .

إيضاح

العبرة بكون أحد العوضين مملوكاً أو مأذوناً في التصرف فيه . بالواقع والحقيقة . لا بما في ظن المتصرف : فلو باع ما ورثه غير عالم بانتقاله إليه ، أو باع ما وكل فيه ، وهو لا يعلم بالوكالة صح بيعه . لأن العبرة في المعاملات بما في الحقيقة ونفس الأمر . لا بما في ظن المتصرف .

* * *

مادة (١٣) : « تصرف الفضولي باطل ، ولو أجيز بعد . إلا إذا اشترى في ذمته ونوى الشراء لشخص لم يسمه فيصح البيع[١] » .

إيضاح

الفضولي هو المتصرف للغير بغير إذنه . وتصرفه باطل . إلا فيما استثنته المادة فيصح، ويجب عليه حينئذ عرض المبيع على من اشترى له. فإن أجاز الأخير الشراء ملكه من حين العقد . وله منافعه ونماؤه ، وإن لم يجزه لزم الشراء الفضولي .

---

(١) كشاف القناع ص ١١ ، ١٢ ، الشرح الكبير ص ١٦ .

أما إذا لم يكن الشراء فى الذمة ، بل فعد الثمن ، أو ذكر اسم المشترى ، لم يصح شراؤه .

وبطلان تصرف الفضولى هو على الرواية الراجحة ، ويقابلها رواية أخرى بالصحه ويقف على إجازة المالك . فإن أجازه نفذ ولزم وإلا بطل.

* * *

مادة (١٤) : (١) لا يصح بيع الأرض التى فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين . إلا إذا باعها الإمام ، أو باعها غيره وحكم بصحة البيع من يرى صحته .

(ب) تستثنى المساكن من حكم الفقرة السابقة .

إيضاح

(١) لا يصح بيع أرض موقوفة مما فتح عنوة ولم تقسم بين الغانمين ولا شراؤها فى ظاهر المذهب . كأرض الشام ونحوها . لأن عمر ـ رضى الله عنه ـ وقفها وأقرها بأيدى أهلها بالخراج . لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون فى سبيل الله إلى يوم القيامة ، فلا تباع لعدم ملكيتها . وإذا بيعت هذه الأرض فحكم بصحة البيع حاكم صح . لأنه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المختلفات .

---

(١) كشاف القناع ص ١٢ ، ١٣ ، الشرح الكبير ص ١٨ منتهى الارادات ص ٧ .

وإن باع الإمام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون فى الأرض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها إلا من يشتريها صح أيضاً ، لأن فعل الإمام كحكم الحاكم وهذا هو الرأى الثانى فى المذهب .

ولا يصح بيع رباع مكة : وهى المنازل ودار الإقامة . ولا الحرم كله وكذا بقاع المناسك إذ هى كالمساجد . وإنما لم يصح بيع رباع مكة، لأنها فتحت عنوة . ولا تصح إجازة ذلك للحديث « مكة لاتباع رباعها ولا تكرى بيوتها » .

(ب) يستثنى المساكن المقامة على الأرض التى فتحت عنوة من حكم الفقرة السابقة،فإنه يصح بيعها . الموجودة حال الفتح، أو الحادثة بعده وآلتها منها ، أو من غيرها . لفعل الصحابة رضوان الله عليهم .

* * *

مادة (١٥) : (ا) لا يصح بيع المباحات قبل حيازتها ، وما حصل منها فى ملك إنسان فهو أحق به . ولا يملكه إلا بالحوز . وإن دخل غيره أرضه ولو بغير إذنه وأخذه ملكه بأخذه وحوزه .

(ب) يحرم الدخول إلى ملك الغير بغير إذنه إن حوطت الأرض ، أو تضرر صاحبها بالدخول .

(حـ) يحرم على رب الأرض منع مستأذن إن لم يحصل منه ضرر .

إيضـــاح

المباحات كالماء الذى له مادة لا تنقطع ، والمعدن الجارى ، والكلأ والشوك والطائر الذى عشش بشجر والسمك الذى نضب عنه الماء بأرض.

والحكم فيها مفصلا ، نقلا عن الشرح الكبير مع بعض تصرف .

الأنهار النابعة فى غير ملك : كالأنهار الكبار ، لا تملك بحال . ولا يجوز بيعها . ولكل أحد الأخذ منها ، وتملك ما أخذ . وإذا احتفر شخص من النهر ساقية كان أحق بها من غيره . أما ما ينبع فى ملكه كالبئر والعين فى الأرض المملوكة فالماء الذى فيها غير مملوك فى ظاهر المذهب ، لأنه يجرى من تحت الأرض . فأشبه الماء الجارى فى النهر إلى ملكه .

وقد روى عن الإمام أحمد أنه يملك . لأنه نماء الملك ، وفى معنى الماء ، المعادن الجارية فى الأملاك ، كالقار والنفط ، وكذا الشوك النابت فى أرضه ، كل ذلك يأخذ حكم الماء فيخرج على الروايتين :

---

(١) كشاف القناع ص ١٤ ، الشرح الكبير ص ٢١ ، ٢٢ جـ ٤

والصحيح أن الماء لا يملك فكذلك هذا . وجواز بيع ذلك مبنى على جواز ملكه . فعلى القول بأنه يملك جاز بيعه . وإن قلنا انه لا يملك فصاحب الأرض أحق به لكونه فى ملكه .

وإن دخل غيره بغير إذنه فأخذ ملكه ، لأنه مباح فى الأصل ، فأشبه ما لو عشش فى أرضه طائر ، أو دخل إليها صيد ، أو نضب ماء عن سمك . فدخل إليها داخل فاخذه .

(ب) يحرم الدخول إلى ملك الغير بغير إذنه إن حوطت الأرض أو تضرر رب الأرض بالدخول .

(ح) ويحرم على رب الأرض منع مستاذن إن لم يحصل منه ضرر .

تنبيه : الخلاف فى بيع ماتقدم إنما هو قبل حيازته ، فاما ما يحوزه من الماء فى إنائه ، أو ما يأخذه من الكلأ فى حبله ، أو يحوزه فى رحله أو يأخذه من المعادن فإنه يملك بغير خلاف بين أهل العلم . ومن الحوز اتخاذ أحواض تجتمع فيها مياه الأمطار ، وحصول الصيد فى الشبك والسمك فى بركة معدة له .

* * *

مادة (١٦) : الشرط الخامس :

القدرة على تسليم المعين من المبيع والثمن .

---

(١) كشاف القناع صفحة ١٥ ، الشرح الكبير ص ٢٤ .

إيضاح

الشرط الخامس من شروط البيع : القدرة على تسليم المعين من المبيع والثمن حال العقد ، لأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم ، والمعدوم لا يصح بيعه ، فكذا ما أشبهه فلا يصح بيع شارد ولو لقادر على تحصيله ، ولا سمك فى لجة ماء ، لكن إذا كان مرئياً بماء يسهل أخذه منه صح ، ولا يصح بيع طير فى الهواء سواء ألف الرجوع أو لا ، ولا طائر يصعب أخذه لكن إذا كان يمكن أخذه منه ولو طال زمن أخذه فيصح . كما لا يصح بيع مغصوب إلا لغاصبه ، لأنه فى حوزة الغاصب فعلا . ويصح بيع المغصوب لقادر على أخذه من الغاصب ، وللمشترى الفسخ إن عجز عن تحصيله من الغاصب . ولا يصح بيع دين لغير المدين لعدم القدرة على تسليمه .

* * *

مادة (١٧) : الشرط السادس :

(١) كون المبيع معلوماً للعاقدين ، برؤيته حال العقد ، أو وصفه ولو قبل العقد ، أو لمسه ، أو ذوقه ، أو شمه فيما يعرف بذلك .

(ب) يكتفى بالرؤية السابقة على العقد بزمن لا يتغير فيه المبيع غالباً .

إيضاح

الشرط السادس من شروط صحة البيع كون المبيع معلوما للعاقدين برؤيته حال العقد أو وصفه ولو قبل العقد أو لمسه، أو ذوقه أو شمه فيما يعرف بذلك .

فلا يصح بيع مجهول لم يعلم بطريق من طرق العلم المذكورة فى الماده : كحمل فى بطن ولبن فى ضرع وبيض فى طير ونوى فى تمر ويكتفى برؤية بعض المبيع إن دلت رؤية البعض على بقيته : كثوب مطوى وظاهر صبرة متساوية الأجزاء ، وظاهر ما فى ظروف . ويصح بيع الأعمى وشراؤه لما يعرف بغير الرؤية .

ويتحقق العلم بالمبيع بالوصف إذا كان المبيع مما تنضبط صفاته ، بان يكون مكيلا ، أو موزونا ، او مذروعا ، أو معدوداً من الحيوانات وأن يذكر فى العقد كل وصف يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً كالجنس ، والنوع، والقدر ، واللون، والحداثة ، أو القدم ، والجودة أو الرداءة .

---

(١) كشاف القناع ص ١٦ ، ٢٠ ، الشرح الكبير ص ٢٥ جـ ٤ .

ولا تختص صحة البيع بالوصف بالمبيع الغائب ، بل يصح البيع بالوصف ولو كان المبيع حاضراً ولكنه مستور ، كالزيت ، والحلوى والكبريت والأدوية ، وأنواع أثواب القماش إذا وصف من البائع أو بين على ساتره جميع صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ، وذلك كبيع علبة زيت كتب عليها الوزن والجنس والنوع ودرجة الجودة .

ولا يصح بيع ما لم يعين كشاة من قطيع ، أو شجرة من بستان ، ولو تساوت قيمة الجميع فيصح بيع ما شوهد من حيوان : كقطيع يشاهد كله ، أو ثياب وإن جهل عدده .

كل ما تقدم في هذه المادة شرحاً ونصا هو الرواية المشهورة عن الإمام أحمد ، في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته . وروى عنه صحة بيعه وعلى ذلك يكون لمن لم ير المبيع من العاقدين الخيار ، فاذا باع ما لم يره فله الخيار عند الروية ، وإن لم يره المشترى فلكل منهما الخيار بين الفسخ والامضاء .

* * *

مادة (١٨) : (١) إذا وجد المشترى المبيع على غير ما رآه ، أو وصف له ، فله الفسخ على التراخى . ولا يسقط خياره ما لم يوجد منه ما يدل على رضاه .

---

(١) كشاف القناع ص ١٦ .

(ب) إذا اختلف المتبايعان فى نقص صفة المبيع ، أَو تغيره ، فالقول قول المشترى بيمينه .

إيضـــاح

(أ) إذا وجد المشترى المبيع الذى رءآه قبل العقد بزمن لا يتغير فيه ظاهراً ، أو وصف له ، كما فى المادة السابقة . وجده متغيراً فله الفسخ . لأن ذلك بمنزلة العيب ، وهو على التراخى فلا يسقط إلا بما يدل على الرضا من سوم ونحوه ، فإن لم يفسخ وأسقط حقه فى الرد فلا أرش له ، لأن الصفة لا يعتاض عنها .

(ب) إذا اختلف المتبايعان فى نقص الصفة فى المبيع ، أو تغيره عما رآه عليه ، فالقول قول المشترى بيمينه ، لأن الأصل براءته من الثمن .

* * *

مادة (١٩) : استثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولا[١] .

إيضـــاح

لا يصح بيع حديقة مع استثناء شجرة مبهمة منها ونحو ذلك . فإن كان المستثنى معلوما : كبيع ثمر حديقة إلا ثمر هذه الشجرة ،

(١) كشاف القناع ص ٢٢ ، الشرح الكبير ص ٢٩ ، ٣١ .

وكبيع الحيوان الما كول حيا مع استثناء رأسه وجلده وأطرافه فيصح للعلم . ولأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » .

ثم إن أبى المشترى ذبحه فان لم يكن البائع اشترط ذلك على المشترى لم يجبر على الذبح ، بل يلزمه القيمة . وإن اشترط عليه الذبح لزمه الذبح .

هذا ولا يصح بيع الجلد ، والرأس ، والأطراف من الحيوان لأنها متصلة به ولا يلزم من صحة استثنائها ، صحة بيعها . لأن الاستثناء استبقاء وهو يخالف ابتداء العقد .

* * *

مادة (٢٠) : يصح بيع ما مأكوله فى جوفه ، والحب المشتد فى سنبله ، فى سائرهما .[1]

إيضاح

مثال ذلك بيع الجوز واللوز والباقلاء والحب المشتد فى سنبله كالبر لأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة » .

فمفهومه إباحة بيعه إذا بدى صلاحه وابيض سنبله ، ولأنه مستور

(١) كشاف ص ٢٤ ، الشرح الكبير ص٣٢، ٣٣ . جـ٤

بحائل من اصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض ، ولأن الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره . ويلحق بالمبيع ما حوى الثمرة ، وكذا يصح بيع الحيوان المذبوح فى سلخه .

* * *

مادة (٢١) لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض حتى يقلع ويشاهد .[١]

ايضاح

لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض حتى يقلع ويشاهد : مثال ذلك الجزر والقلقاس ، والفول السودانى ، لأنه مبيع مجهول لم ير ولم يوصف فأشبه بيع الحمل . ولأن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ « نهى عن بيع الغرر » .

فإن كان المبيع مما تقصد فروعه ، وأصوله ، ومعظم المقصود منه الفروع : كالبصل المبيع أخضر والفجل ، أو كان المقصود فروعه كالخس . فالأولى جواز بيعه . ويدخل المستور تبعاً ، ولا تضر جهالته كالحمل فى البطن ، واللبن فى الضرع مع الحيوان .

أما إذا كان معظم المقصود منه مستوراً : كالبطاطة لم يصح لأن الحكم للأغلب فإن تساويا لم يجز لأن الأصل اعتبار الشرط .

* * *

(١) المغنى ص ٨ ٢ ، كشاف القناع ص ١٩ .

مادة (٢٢) : لا يصح بيع عَسْب الفحل .[1]

إيضاح

بيع عسب الفحل لا يصح لحديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة مرفوعا أن النبي « نهى عن بيع المضامين والملاقيح » قال أبو عبيد : الملاقيح : ما فى البطون وهى الأجنة ، والمضامين : ما فى اصلاب الفحول .

ويطلق عسب الفحل على معان ثلاثة : الماء ، والضراب، والأجرة على الضراب .

وقد نهى النبي عن عسب الفحل بمعانيه الثلاثة .

فعلى انه الماء يكون النهى عن بيعه ، وعلى أنه الضراب يكون النهى عن إجارته ، وعلى أنه الأجرة يكون النهى عن أخذها لا إعطائها وعلى كل فالعقد فاسد سواء أكان بيعاً أم أجارة ، لما روى ابن عمر أن النبي -صلى الله عليه وسلم- «نهى عن بيع عسب الفحل» (رواه البخارى) وعن جابر نهى الرسول « عن بيع ضراب الجمل » (رواه مسلم) .

قال ابن عقيل : ويحتمل عندى جواز الإجارة . لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه ، وهذه منفعة مقصودة ، والماء تابع ، والغالب حصوله عقب نزوه، فيكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن فى بطن الصبى.

* * *

---

(١) المغنى ٢٧٧ .

بيع الجزاف

مادة (٢٣) : يصح بيع الصبرة جزافاً بمشاهدة ظاهرها إذا كانت متساوية الأجزاء، سواء علم البائع والمشترى قدرها أو جهلاه . . فإن علمه أحدهما دون الآخر صح مع الحرمة على من كتم وللآخر الخيار .

إيضاح

الصبرة : الكومة من الطعام وغيره ، و بيعها جزافا — أى غير مقدرة بكيل أو وزن — صحيح إن تساوت أجزاؤها . لأنها معلومة برؤية ، ولا يضر عدم مشاهدة باطنها . فان ذلك يشق . وكذا يصح بيع جزء معلوم منها ، كالنصف والثلث لأن ما جاز بيعه جملة جاز بيع بعضه كالحيوان .

فإن كانت مختلفة كصبرة البقال لم يصح ، لأن البقال يجمع ما يبيع به من البر والشعير المختلف الأوصاف . ويحتمل أن يصح لأنه يشترى منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه .

وإذا علم أحد العاقدين مقدار الصبرة وكتمه صح العقد ، لأن المبيع معلوم بالمشاهدة وحرم عليه لقول النبي — صلى الله عليه وسلم —

« من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافا حتى يبينه » والنهى يقتضى التحريم . ولأنه لم يعدل إلى البيع جزافا مع علمه مقدارها إلا للتغرير والغش .

وروى عن الإمام صحة البيع مع الكراهة .

ولمشترى الصبرة جزافا مع علم بائع وحده مقدارها الرد ، وكذا البائع مع علم مشتر وحده ثم إذا وجد مشترى الصبرة جزافا باطنها رديئاً ، أو به بلل ، أو كان على ربوة ولم يكن يعلم بذلك فله الخيار لأنه عيب .

وكذا يثبت الخيار للبائع إن وجد تحتها حفرة أو وجد باطنها خير من ظاهرها إن لم يعلم الحال مسائل :

١ — إذا قال البائع : بعتك هذه الصبرة كل أردب بدرهم صح ، وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد .

لأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم باشارته إلى ما يعرف بمبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهى أن تكال الصبرة ويحسب الثمن على قدر ما بها من أرادب .

٢ — إذا قال : بعتك من هذه الصبرة أردباً أو عشرة أرادب وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح إن تساوت أجزاؤها ، لأن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه ما لو باع نصفها .

٣ — إذا قال: بعتك من هذه الصبرة كل أردب بدرهم لم يصح لأن من للبعض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا . ويحتمل أن يصح.

٤ — لو فرق الصبرة ارادب وباع واحداً منها مبهما صح البيع إن تساوت أجزاؤها وإن لم تساو الأجزاء لم يصح البيع إلا إذا عين المبيع(١) .

* * *

مادة (٢٤) : الشرط السابع :

معرفة المتعاقدين للثمن حال العقد برؤية أو وصف .(٢)

إيضاح

الشرط السابع من شروط صحة البيع : معرفة المتعاقدين للثمن حال العقد ، برؤية أو وصف . ويقوم مقام الرؤية كل ما يؤدى إلى معرفة الثمن ، من شم أو ذوق ، وما تقدم فى معرفة المبيع من أحكام الرؤية أو الوصف يقال هنا فى معرفة الثمن .

فإن جهل البائع والمشترى أو أحدهما الثمن لم يصح البيع : كأن يقول البائع بعتك هذه السلعة برقمها أى المكتوب عليها ، أو بما باع به فلان ولم يعلماه (أى الرقم) ، أو ما باع به فلان ، أو لم يعلمه أحدهما لم يصح البيع للجهالة . ومثله لو قال : بعتك هذا بألف ذهبا وفضة ،

---

(١) كشاف القناع ص ٢١ ، الشرح ص ٣٥ . ج ٤

(٢) كشاف القناع ص ٢٤ ، الشرح الكبير ص ٣٢ .

أو بما ينقطع به السعر ، أو بعتك هذا بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح البيع فى هذه الصور لعدم علم المتعاقدين أو اتفاقهما ، فإذا اتفقا على أحد الثمنين الحال أو النسيئة قبل التفرق صح البيع .

* * *

(٢٥) : إذا اتفق المتعاقدان فيما بينهما على ثمن ، أو عقدا سراً بثمن ، ثم عقدا علانية بثمن أكثر من الأول ، فالثمن هو الأول فى الصورتين .(١)

إيضاح

لو أسر المتعاقدان ثمناً بأن اتفقا سراً ان الثمن مائة مثلا بلا عقد . ثم عقداه بثمن آخر ، فالثمن هو الأول الذى أسراه بلا عقد : وهو المائة لأن المشترى إنما دخل عليه فقط فلم يلزمه الزائد .

وإن عقداه سراً بثمن : كعشرة ، وعقداه علانية بثمن آخر أكثر منه كاثنى عشر ، أخذ المشترى بالثمن الأول دون الزائد كالتى قبلها وأولى . لأنه إذا أخذ بالأول . فيما إذا اتفقا عليه بلا عقد ، فأولى أن يؤخذ به فيما إذا عقداه . وفى التنقيح الأظهر أن الثمن هو الثانى إن كان فى مدة خيار وإلا فالأول . انتهى . وقال فى المنتهى : أنه

---

(١) كشاف القناع ص ٢٤ .

الأصح . واستدل له فى شرحه بما يأتى ، إن الزيادة فى مدة الخيارين فى الثمن أو المثمن ملحقة به . ويجاب عنه بأن الزيادة هناك مرادة ، وهنا غير مرادة باطناً ، وإنما أظهرت تجملا .

* * *

تفريق الصفقة

مادة (٢٦) : « الجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة بثمن واحد له حالات ثلاث » .

الأولى :

(ا) إذا باع معلوماً ومجهولا يتعذر علمه ولم يتميز ثمن المعلوم بطل البيع فيهما .

(ب) إذا باع معلوماً ومجهولا لا يتعذر علمه صح البيع فى المعلوم فقط بقسطه من الثمن .

(حـ) إذا باع معلوماً ومجهولا وتميز ثمن المعلوم صح البيع فى المعلوم فقط بثمنه .

الثانية :

أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ويبيعهما من يملك بعضهما فقط . ففى هذه يصح البيع فى ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه .

الثالثة :

أن يكون المبيعان معلومين ولا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء والبيع باطل فى الجميع .

إيضاح

إذا جمع فى عقد البيع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد فله حالات ثلاث .

الحالة الأولى :

(١) إذا باع معلوماً ومجهولا يتعذر علمه ولم يتميز ثمن المعلوم بطل البيع فيهما . كأن يقول البائع بعتك هذه الفرس وما فى بطن الأخرى بمائة . وإنما بطل البيع فى الكل لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته تكون بتقسيط الثمن عليهما . والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط .

(ب) إذا باع معلوماً ومجهولا . لا يتعذر علمه صح البيع فى المعلوم فقط بقسطه من الثمن كأن يقول البائع بعتك هذه الدار المشاهدة وما فيها من أثاث مع عدم رؤيته فإنه فى هذه الحالة يمكن مشاهدة الأثاث وتقويمه وتقسيط جملة الثمن على قيمة الدار وقيمة الأثاث لذلك صح البيع فى الدار حيث أنها معلومة والثمن يمكن معرفته بالتقسيط . وبطل البيع فى الأثاث لجهالته وقت العقد .

(ح) إذا باع معلوماً ومجهولا وتميز ثمن المعلوم صح البيع فى المعلوم فقط بثمنه ، كأن يقول البائع للمشترى بعتك هذه الفرس وما فى بطن الأخرى ، الفرس بثمانين وما فى بطن الأخرى بعشرين فيصح البيع ، فى الفرس بالثمانين حيث أن المبيع معلوم والثمن معلوم وبطل البيع فيما فى بطن الأخرى لجهالته .

الحالة الثانية :

أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ويبيعهما من يملك بعضهما فقط . وفى هذه الحالة يصح البيع فى ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه . كأن يبيع داراً مشتركة بينه وبين غيره بغير إذن شريكه أو يبيع أردبين من صبرة واحدة يملك واحداً منها فقط دون إذن مالك الآخر . وإنما صح البيع فى ملكه لأن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً . فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه . ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله فى محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، والثمن يمكن معرفته بالتقسيط لأن التقويم ممكن .

وهناك وجه بعدم الصحة فيهما لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم .

الحالة الثالثة :

أن يكون المبيعان معلومين ولا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء . والبيع باطل فى الجميع كأن يبيع خلا وخمرا أو فرسه وفرس غيره أو جملا حاضراً وآخر شارداً وإنما بطل البيع فى الجميع لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم . ولأن الثمن مجهول لأنه يتبين بالتقسيط بالثمن على القيمة وذلك مجهول فى الحال فلم يصح البيع به . ولأنه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح .

وهناك رواية بصحة البيع فيما يصح بيعه بقسطه من الثمن دون ما لا يصح لأنه متى سمى ثمناً فى مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه . وقد رجح هذه الرواية كثير من علماء الترجيح . كصاحب كشاف القناع ومنتهى الإيرادات .

وتقسيط الثمن وتجزئته إن كان المبيعان مما ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كدار يملك بعضها كثلث أو ربع مثلا أو كان المبيعان متساويين كأردبين من صبره واحدة يملك واحداً منها فالتقسيط سهل فيقسم الثمن على عدد الأجزاء ويأخذ البائع من الثمن بقدر ما له من الأجزاء .

وإن لم يكن المبيعان كذلك بأن كانا مختلفين قيمة كفرسين يملك

إحداهما بمائة فيقوم كل منهما على حدة وتنسب قيمة ما صح البيع فيه إلى مجموع القيمتين ويأخذ من الثمن بقدر هذه النسبة .

وإن كان أحد المبيعين غير مال كخمر وخنزير قوم على فرض أنه مال فتقدر الخمر خلا والخنزير شاة .

* * *

مادة (٢٧) : إذا تفرقت الصفقة ولم يكن المشترى عالماً بالحال فله الخيار بين الفسخ أو الإمضاء لتبعض الصفقة عليه مع أخذ أرش النقص إن كان المبيع مما ينقصه التفريق .

إيضاح

مثال ذلك مصراعا باب ونحوه باعهما من يملك أحدهما فيصح البيع فى ملكه بقسطه من الثمن لأن كلا من المالكين له حكم لو انفرد . فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه . وللمشترى الخيار بين الرد أو الإمساك إن لم يعلم بالحال لتبعض الصفقة عليه وله الأرش إن أمسك فيما ينقصه التفريق . فلو كانت قيمة كل من المصراعين منفرداً جنيهين ومجتمعين ثمانية واشتراهما بالثمانية ولم يعلم فله إمساك ملك البائع بالقسط من الثمن وهو أربعة وله أرش نقص التفريق جنيهان فيأخذه بجنيهين فقط .

* * *

(١) المغنى ص ٢٩١ ، الشرح الكبير ص ٣٨ .
(٢) المرجع السابق .

مادة (٢٨) : الأرش قسط ما بين قيمة المبيع صحيحا ومعيبا من ثمنه .

إيضاح

لو قوم المبيع صحيحا بخمسة عشر ثم قوم بعد تعيبه باثنى عشر ، فقد نقص خمس قيمته . فيرجع بخمس الثمن قل أو كثر ؛ لأن المبيع مضمون على المشترى بثمنه فإذا فاته جزء منه سقط عنه مايقابله من الثمن لأنا لو ضمناه نقص القيمة لأدى إلى اجتماع العوض والمعوض فى نحو ما لو اشترى شيئاً بعشرة وقيمته عشرون ووجد به عيبا ينقصه النصف فأخذها ولا سبيل إليه .

* * *

مادة (٢٩) : (١) التولية ، والشركة ، والمرابحة والمواضعة:

١ — التولية : هى البيع برأس المال المعلوم لهما .

٢ — الشركة : هى بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن المعلوم لهما .

٣ — المرابحة : هى بيع الشىء بثمنه المعلوم وربح معلوم .

٤ — المواضعة : هى بيع الشىء بثمنه مع حط جزء منه .

الحكم

(ب) إذا أخبر البائع المشترى بزيادة فى الثمن حط الزائد فى بيع التولية والشركة والمواضعة ، وحط الزائد وقسطه من الربح فى المرابحة ، ولا خيار للمشترى .

إيضاح

التولية ، والشركة والمرابحة ، والمواضعة ، أنواع من البيع . اختصت بهذه الأسماء كاختصاص السلم . ولابد فى جميعها من معرفة البائع والمشترى رأس المال (أى الثمن الذى اشترى به البائع) . لأن معرفة الثمن شرط فى صحة البيع ، ولا يعرف الثمن فيها إلا بمعرفة رأس المال ، فإن فات لم يصح .

وتصح هذه الأنواع بألفاظها ، وبلفظ البيع ، وبما يؤدى ذلك المعنى ، (وهى صور البيع بتخبير الثمن) وبيع المساومة أسهل منها نصاً . قال فى الحاوى الكبير : لضيق المرابحة على البائع . لأنه يحتاج أن يعلم المشترى بكل شىء من النقد ، والوزن ، وتأخير الثمن ، وممن اشتراه ويلزمه المؤنة والرقم والقصارة والسمسرة والحمل ولا يغر فيه ، ولا يحل له أن يزيد على ذلك شيئاً إلا يبينة له ليعلم المشترى بكل مايعلمه البائع ، وليس كذلك المساومة انتهى ، وفى الأنصاف قلت : أما بيع المرابحة .

فى هذه الأزمان فهو أولى للمشترى وأسهل . انتهى ولامخالفة بينهما ، لأن كلام الحاوى فى الضيق على البائع كما بينه ، وكلام صاحب الأنصاف فى سهولة الأمر على المشترى بترك المماكسة .

١ — فالتولية : البيع برأس المال فقط : فيقول البائع وليتكه ، أو بعتكه برأس ماله . أو بما اشتريته به ، أو برقمه المعلوم عند البائع والمشترى وهو الثمن المكتوب عليه فإن جهلا أو أحدهما الثمن لم تصح .

٢ — والشركة : بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن المعلوم لهما : نحو أشركتك فى نصفه أو ثلثه ونحوه كقوله : هو شركة بيننا ويكون فى هذه الحالة مناصفة .

٣ — والمرابحة : هى بيع الشىء بثمنه المعلوم وربح معلوم . فيقول : رأس مالى فيه مائة بعتكه بها وربح عشرة . لأن الثمن والربح معلومان ، ويكون الثمن مائة وعشرة . وكذا قول البائع على أن أربح فى كل عشرة درهما .

٤ — والمواضعة : هى بيع الشىء بثمنه مع حط جزء منه بأن يقول : رأس مالى فيه مائة . بعتكه بها ، ووضيعة عشرة . أو وضعة درهم من كل عشرة .

الحكم

(ب) إذا أخبر البائع المشترى بزيادة فى الثمن فى صور البيع السابقة . فالمذهب أن المشترى حط الزيادة عما أخبر به البائع . فى بيع التولية ، والشركة ، فإذا أخبره أن ثمنه مائة ، ثم بان أنه تسعون فقط حط

عشرة من ثمنه . وله إنقاص الزائد فى المواضعة ، فإذا أخبره أن ثمنه مائة وقد باعه على أن يضع منها عشرة فبانت تسعون تنقص العشرة من الثمن فيصير الثمن بعد الإنقاص ثمانين .

أما فى المرابحة . فللمشترى حط الزائد من الثمن وحط قسط هذه الزيادة من الربح . فإن أخبره بأن ثمن المبيع مائة درهم وأنه يربح فى كل عشرة درهما . فاشتراه بمائة وعشرة ثم ظهر أن ثمنه تسعون حط العشرة الزائدة وحط درهما قسط الزيادة من الربح فيستقر الثمن بتسعة وتسعين ويلزم البيع بالباقى .

ولاخيار للمشترى لأن الثمن إذا بان أقل مما أخبر به وسقط عنه الزائد فقد زيد خيراً ، فلم يكن له خيار . كما لو وكل من يشترى له معيناً بمائة فاشتراه له بتسعين .

وكذا الحكم فيما إذا اشترى البائع المبيع بثمن مؤجل وكتم ذلك عن المشترى ، فإذا علم المشترى أخذه بثمنه مؤجلا ولاخيار له . وفى رواية أنه متى ظهر أن الثمن أقل مما أخبر به ، كان للمشترى الخيار . (وهى رواية حنبل) كما لو أخبر بأنه كاتب أو صانع فاشتراه بثمن فبان بخلافه .

* * *

مادة (٣٠) : إذا ادعى البائع غلطاً فيما أخبر به من ثمن المبيع فلا تقبل دعواه إلا ببينة . فإن أقامها كان للمشترى أن

يحلفه بأنه لم يكن يعلم حقيقة الثمن حينما أخبر به ، فإن فعل كان المشترى بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه بالثمن الزائد ، وإن نكل قضى عليه بالنكول وليس له إلا ما وقع عليه العقد .

إيضاح

لاتقبل دعوى بائع أنه أخطأ فى إخباره برأس المال بلا بينة . كأن قال : اشتريته بعشرة ثم قال غلطت بل اشتريته بخمسة عشر ، لأنه مدع لغلطه على غيره أشبه المضارب إذا أقر بربح ثم قال غلطت .

وفى رواية أن القول قوله مع يمينه ، فيحلف أنه لم يكن يعلم وقت البيع أن ثمنها أكثر مما أخبر به ، لأن المشترى لما دخل مع البائع فى المرابحة فقد ائتمنه ، والقول قول الأمين .

فإن نكل البائع عن اليمين قضى عليه بالنكول وليس له إلا ماوقع عليه العقد .

فإن قلنا يقبل قول البائع بيمينه وحلف ، او قامت له بينة بما ادعاه فللمشترى أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يكن يعلم أن شراءها أكثر . فإنه لو باعها بدون ثمنها عالماً لزمه البيع بما عقد عليه ، لكونه تعاطى سببه عالماً ، فلزمه كمشترى المعيب عالماً بعيبه . وإذا كان المبيع يلزمه بالعلم فادعى

عليه لزمته اليمين . فإن نكل قضى عليه بالنـكول . وإن حلف خير المشترى بين قبوله بالثمن والزيادة التى غلط فيها وحظها من الربح وبين فسخ العقد .

* * *

مادة (٣١) : يجب على البائع بتخبير الثمن ، فى التولية ، وغيرها أن يبين كل أمر يتأثر به ثمن المبيع بالزيادة . فإن كتم شيئاً من ذلك عن المشترى ثبت له الخيار[١] .

إيضـــاح

إذا أخفى البائع عن المشترى ، فى بيع التخبير بالثمن أمراً يتأثر به الثمن فللمشترى الخيار بين الرد والإمساك كتدليس ، كأن اشترى البائع المبيع تولية ، أو شركة ، أو مرابحة ، أو مواضعة ، ممن ترد شهادته له كأحد عمودى نسبه ، أو زوجته ، أو اشتراه لرغبة تخصه كدار بجوار منزله ، أو اشتراه لموسم مضى : كالذى يباع على العبد إذا اشتراه قربة وبقى عنده وكذا إن نقص المبيع بمرض ، أو ولادة ، أو عيب ،

(١) كشاف القناع ص ٦٩ ، ٧٤ ، منتهى الارادات ص ٤٣ ، ٤٦ . الشرح ١٠٣ ، ١٠٤ .

أو تلف ، أو أخذ مشتر صوفاً أو لبناً ونحوه حين بيع أخبر بالحال .
وإن اشتراه بدنانير فأخبر بدراهم وعكسه ، أو بنقد وأخبر بعرض ونحوه فلمشتر الخيار .

* * *

مادة (٣٢) : (أ) ما يجب على البائع الإخبار به ويلحق بالعقد

١ — ما يزاد فى ثمن أو مثمن أو أجل أو خيار قبل لزوم العقد [1] .

٢ — هبة مشتر لوكيل باعه شيئاً .

٣ — ما يحطه من ثمن أو مثمن أو أجل أو خيار قبل لزوم العقد .

٤ — هبة بائع لوكيل اشترى منه شيئاً .

٥ — أرش العيب أو الجناية على المبيع .

٦ — ما يزيد فى ثمن المبيع بسبب عمل فيه .

٧ — أجرة مكان المبيع ووزنه وسمساره .

---

(١) كشاف القناع ص ٧٢ ، ٧٤ — منتهى الأرادات ص ٤٦ .

(ب) مالا يلحق بالعقد

١ — ما زيد أو حط بعد لزومه .

٢ — فداء المبيع الجانى .

٣ — الأدوية والمؤنة والكسوة .

٤ — نماء المبيع واستخدامه .

إيضاح

(ا) يجب على البائع فى بيع التخبير بالثمن الإخبار بالأمور الآتية : وتلحق بالعقد .

١ — مايزاد فى ثمن أو مثمن أو أجل زمن الخيارين ، أو يزاد فى خيار شرط ملحق بالعقد ويخبر به كأصله .

٢ — هبة مشتر لوكيل باعه شيئاً من جنس الثمن ، أو غيره كزيادة فى الثمن فتكون لبائع زمن الخيارين ويخبر بها .

٣ — مايحط من ثمن أو مثمن أو أجل أو خيار زمن الخيارين يلحق بالعقد . فيخبر به كأصله تنزيلا لحال الخيار منزلة حال العقد ، وأن حط الثمن كله فهبة .

٤ — هبة بائع لوكيل اشترى منه . كنقص من الثمن فتكون لمشتر ويخبر بها .

٥ — إذا أخذ مشتر أرشا لعيب ، أو جناية أخبر به إذا باع مرابحة ونحوها ، لأن الأرش فى مقابلة جزء من المبيع .

٦ — ما يزيد فى ثمن المبيع بسبب عمل فيه كأن اشترى ثوبا بعشرة وعمل فيه بنفسه أو غيره ما يساوى عشرة فصبغه أو قصره ولو بأجرة أخبر به على وجهه . فإن ضمه إلى الثمن وأخبر به كان كذبا وتغريرا للمشترى ولايجوز قوله تحصل على بعشرين لأنه تلبيس .

٧ — أجرة مكان المبيع أو كيله أو وزنه أو سمساره ونحوه يخبر بها على وجهها ولا يضمها إلى الثمن فيخبر به ، ولا يقول تحصل على بكذا .

(ب) ما لا يلحق بالعقد :

١ — ما زيد أو حط بعد لزومه ولا يخبر به .

٢ — إذا جنى مبيع نفدى فلا يلحق فداؤه بالثمن ، لأنه لم يزد به المبيع ذاتا ولا قيمة ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية .

٣ — الأدوية ، والمؤنة ، والكسوة لا تلحق بالثمن ، وأن أخبر بالحال فحسن .

٤ — نماء المبيع ، واستخدامه ، ولا يلزم الإخبار به .

* * *

(١) منتهى الارادات ص ٤٥ ، ٤٦ .

موانع صحة البيع

مادة (٣٣) : يحرم البيع ويقع فاسداً فى حالتين :

١ — إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الجمعة ووقع العقد بعد الشروع فى النداء الذى عند المنبر حتى تنقضى الصلاة

٢ — إذا كان العاقدان أو أحدهما ممن تلزمه الصلاة المكتوبه ووقع العقد بعد أن تضايق وقتها ، بحيث لم يبق منه إلا ما يسعها إلى أن ينتهى وقتها .

(ب) يباح البيع ، ويصح فى الحالتين السابقين : إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة .

إيضاح

يحرم البيع ويقع فاسدا فى الحالتين السابقتين لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنو إذ نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » والنهى يقتضى الفساد . ويقاس على هذا الوقت ، وقت لزوم السعى إلى الجمعة لمن منزله بعيد بحيث أنه يدركها .

(١) كشاف القناع ص ٣٠ ، الشرح الكبير ص ٤٠ .

كما لا يصح البيع إذا تضايق وقت الصلاة المكتوبة . بحيث لم يبق من الوقت إلا ما يسعها قياسا عليه . وكذا سائر الصناعات فإنها تحرم فى هذه الأوقات التى حرم فيها البيع أما من لا تجب الجمعة عليه من النساء والمسافرين ، ومن لا تجب عليه الصلاه كحائض ونفساء فلا يثبت فى حقهما هذا الحكم . فيصح منه البيع والشراء :

وإن كان أحد العاقدين هو الذى تجب عليه الجمعة أو الصلاة دون الآخر حرم على من تجب عليه وكره للاخر : مع عدم صحة البيع كما تقدم لما فيه من الإعانه على الإثم .

ويحتمل: أنه يحرم لقوله تعالى « ولاتعاونوا على الإثم والعدوان » الآية . وأما غير البيع من العقود كالنكاح والإجارة فيصح فى أصح الوجهين . لأن النهى مختص بالبيع وغيره لايساويه فى الشغل عن السعى لندرة وقوعه فلايقاس على البيع .

وفيه وجه آخر: أنه يحرم ولايصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع ومحل ما ذكر من حرمة البيع وعدم صحته ما لم تكن هناك حاجة أو ضرورة . وإلا حل وصح كمضطر إلى طعام أو شراب وجده يباع أو كعريان وجد سترة تباع وكذا كفن ميت ومؤنة تجهيزه إذا خيف عليه الفساد لو أخر إلى مابعد الصلاة . ونحو ذلك مما دعت الضرورة إليه . فيصح البيع والشراء بلاحرمة .

* * *

يسرى حكم المادة السابقة (٣٣) على الحالة الآتية :

مادة (٣٤) : إذا وقع العقد على عين يقصد بشرائها استعمالها في معصية إذا علم البائع من المشترى ذلك ولو بقرينة » .[١]

إيضاح

يحرم ولا يصح البيع إذا وقع العقد على عين يقصد بشرائها استعمالها في معصية إذا علم البائع من المشترى ذلك القصد ولو بقرينة . لقوله تعالى: « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » والنهى يقتضى التحريم : مثال ذلك بيع العنب لمن يتخذه خمراً ، أو بيع السلاح في الفتنة ، أو لأهل حرب ، او قطاع طريق وكذا مايشرب عليه أو به مسكر . وكجوز وبندق لقمار وأمة لغناء إذا علم البائع ذلك القصد من المشترى ولو بقرينة تدل على ذلك العلم .

أما إذا لم يعلم البائع قصد المشترى أو كان الأمر محتملا كمن لا يعلم حاله ، أو من يعمل الخل والخمر معا . ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز . فإن باعها لمن يتخذها خمرا فقط فالبيع باطل .

ويحتمل أنه يصح مع التحريم لأن النهى ليس لذات العقد فلم يمنع الصحة كما لو دلس العيب . ورد هذا بأنه عقد على عين لمعصية الله فلم يصح . وأما التدليس فهو المحرم دون العقد . ولأن التحريم لحق الله فأفسد العقد كبيع الربا .

(١) كشاف القناع ص ٣١ ، الشرح الكبير ص ٤١ .

يسرى حكم المادة السابقة (٣٣) على الحالة الآتية :

مادة (٣٥) : إذا باع المسلم على بيع المسلم أو اشترى على شرائه فى زمن أحد خيارى المجلس والشرط .[١]

إيضاح

يحرم ولايصح بيع المسلم على بيع المسلم ، كأن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا اعطيك مثلها أو خيراً منها بتسعة . أو يعرض عليه سلعة يرغبه فيها ليفسخ البيع ويعقد معه فالعقد الثانى باطل ومحرم . وكذا الشراء على شراء المسلم كأن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندى فيها عشرة ليفسخ البيع الأول ويعقد معه وهو باطل ومحرم قياساً على البيع للنهى فى حديث ابن عمر يرفعه « لا يبع الرجل على بيع أخيه » متفق عليه والنهى يقتضى الفساد . ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه والشراء فى معنى البيع .

وفيه وجه أن البيع صحيح وأن المحرم هو عرض السلعة على المشترى او قوله الذى فسخ البيع من أجله . وذلك سابق على البيع ولأن النهى لحق الآدمى فأشبه بيع النجش .

وأما السوم على سوم المسلم مع الرضا الصريح بالبيع فهو حرام

---

(١) كشاف القناع ص ٣٢ ، الشرح الكبير ص ٤٢ .

والعقد المرتب عليه صحيح . لأن النهى فى الحديث إنما هو عن السوم دون البيع . فعن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « لايسم الرجل على سوم أخيه » رواه مسلم فإذا رضى ـ البائع ـ صريحاً بالثمن الذى بذله المشترى إلا أنه لم يعقد البيع حرم على آخر الزيادة فى الثمن عما رضى به البائع من المشترى الأول . وهذا هو السوم على السوم المحرم . وأما المزايدة فى المناداة فجائزة بإجماع المسلمين .

* * *

مادة (٣٦) :

بيع الحاضر للبادى باطل وحرام بخمسة شروط

الأول : أن يحضر البادى لبيع سلعته .

الثانى : أن يريد بيعها بسعر يومها .

الثالث : أن يكون جاهلا بسعر البلد الذى قدم إليه .

الرابع : أن يقصده حاضر عارف بالسعر .

الخامس : أن يكون بالناس حاجة إلى السلعة .[١]

---

(١) كشاف القناع ص ٣٣ ، المغنى ٢٧٩ .

إيضاح

البادى : هو المقيم فى البادية والمراد به هنا من يدخل البلد من غير أهلها ولوغير بدوى . والمراد ببيع الحاضر للبادى أن يكون له سمساراً . وإنما بطل البيع وحرم لقول أنس ـ رضى الله عنه ـ : « نهينا أن يبيع حاضر لباد وإن كان أخاه لأبيه وأمه » ، الحكمة فيه أنه لو ترك القادم يبيع سلعته أشتراها الناس منه برخص. فإذا تولى الحاضر أى من هو من أهل البلد لم يبعها إلا بغلاء فيحصل الضرر للناس ، وقد نصت المادة على أن البطلان إنما يتحقق بخمسة شروط : فإذا فقد شرط من هذه الشروط الخمسة صح البيع ولم يحرم لانتفاء علة النهى . إذ لو قدم البادى لا لبيع سلعته ، أو ابيعها لا بسعر يومها ، أو كان عالما بالسعر ، أو لم تكن بالناس حاجة إليها لم يتحقق الضرر ، وإذا لم يقصده الحاضر بل قصده البادى وطلب منه بيعها فليس للحاضر دخل فى الضرر .

ولا يكره للحاضر أن يشير على البادى بلا مباشرة للبيع ، ويجب على من عرف السعر ان يخبر من استخبره عنه لوجوب النصيحة .

وبطلان بيع الحاضر للبادى هو الراجح لحديث آنس السابق ولما رواه جابر عن النبى ﷺ « لا يبع حاضر لباد دعو الناس يرزق الله بعضهم من بعض » (رواه مسلم) وروى أن الإمام أحمد سئل عن بيع الحاضر للبادى قال لا بأس به . فقيل له فالخبر الذى جاء بالنهى قال كان ذلك مرة . فظاهر هذا أن النهى اختص بأول الإسلام لما كان عليهم من الضيق فى ذلك .

والمذهب الأول لعموم النهى ، وماثبت فى حقهم يثبت فى حقنا مالم يقم على اختصاصهم به دليل .

وأما الشراء للبادى فيصح بلا حرمة ، لعدم تحقق علة المنع .

* * *

بَيْعُ الْعِينَةُ

مادة (٣٧) :

(ا) من باع شيئاً بثمن مؤجل ، أو حال لم يقبض حرم وبطل شراؤه له من مشتريه بنقد من جنس الأول أَقل منه إلا إن تغيرت صفته بما ينقص قيمته .

(ب) من باع شيئاً بنقد مقبوض ، حرم وبطل شراؤه له من مشتريه بنقد أَكثر من الأول من جنسه غير مقبوض إلا إن تغيرت صفته بما يزيد قيمته .

(حـ) يحرم ويفسد فى الصورتين السابقتين العقد الأول: إن كان وسيلة إلى الثانى وإلا فلا .

(د) يحل البيع ويصح من اشترى شيئاً نسيئة بأكثر من قيمته، ويصح البيع إذا باعه لغير بائعه بثمن حاضر أقل مما اشتراه به؛ حيث أن المشترى الثانى غير البائع الأول.[1]

إيضاح

(ا) الصورة الأولى: يطلق عليها الفقهاء اسم العينة وفيها عقدان، والعقد الثانى هو المقصود بالحكم من حرمة وبطلان. وأما الأول فإن قصد به الثانى فهو باطل أيضاً. وإلا فهو صحيح. والبيع الثانى باطل ومحرم، لأنه يتخذ وسيلة إلى الربا. ولما روى عن ابن عمر قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر. ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم» وبالمادة قيود لا يتحقق الحكم السابق بالبطلان إلا إذا تحققت كلها. وأما إذا فقد واحد منها فلا حرمة ولا بطلان فإذا لم يكن المشترى له هو البائع بل أبوه أو ابنه أو زوجته ولا حيلة جاز الشراء وصح. وكذا لو اشتراه البائع من غير مشتريه بل اشتراه من وارث المشترى أو ممن انتقل إليه من المشترى ببيع ونحوه. أو اشتراه بائع بمثل الثمن الأول. أو بنقد آخر غير الذى باعه به، أو اشتراه

(١) كشاف القناع ص ٣٤، الشرح الكبير ص ٤٥.

بعرض ، أو باعه بعرض ثم اشتراه بنقد ، وكذا إذا ماقبض ثمنه ، أو تغيرت صفته بما ينقصه كبهيمة تعيبت فيصح فى كل هذه الصور لإنتفاء علة النهى . إذ التوسل إلى الربا فى هذه الأحوال مستبعد عرفاً .

(ب) أما هذه الصورة : فهى عكس مسالة العينة والمذهب على أنها مثلها فى الحكم أعنى البطلان والحرمة .

قال صاحب الشرح الكبير : قال شيخنا : ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن الأول باكثر منه نسيئة إذا لم يكن ذلك عن موطاة ولا حيلة . بل دفع اتفاقاً من غير قصد لأن الأصل حل البيع ، وإنما حرم فى مسألة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا فى معناه ، لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به مادونه .

(ح) أما الصورة الثالثة : إنما حرم وبطل فيها العقد الأول مثل الثانى حيث كان وسيله إلى المحرم . فإن لم يقصد به الثانى كان البيع صحيحاً .

(ى) أما الصورة الرابعة : فقد أجاز الفقهاء لمن احتاج لنقد أن يشترى ما يساوى مائة بمائة وخمسين ليبيعه ويتوسع بثمنه وصححوا البيع. وهذه المسألة : تسمى التورق من الورق وهو الفضة . كما أجازوا أن يبيعه بثمن نقدا أقل مما اشتراه به نسيئة إذا كان البيع لغير بائعه الأول .

* * *

مادة (٣٨) إذا كان المبيع ربوياً والثمن نسيئة فيبطل ويحرم أن يشترى البائع ما يتفق مع المبيع فى علة الربا من ذات المشترى بالثمن الذى فى ذمته .[1]

إيضاح

مثال ذلك أن يبيعه مكيلا من بر او شعير بمائة مؤجلة ثم يشترى منه بهذا الثمن مكيلا ، سواء كان من الجنس كبر بثمن البر ، أو من غير الجنس كشعير بثمن البر ، أو يشترى موزونا أو يبيعه موزونا كحديد ونحاس ويشترى منه بالثمن موزونا من جنس المبيع أو من غيره . وإنما بطل البيع فى هذا حسما لمادة ربا النسيئة لأن بيع ذلك ذريعة لبيع الربوى بالربوى نسيئة ، ويكون الثمن المعوض بينهما كالمعدوم لأنه لا أثر له .

فإن اشترى الربوى بثمن آخر وسلمه للبائع ثم أخذه منه وفاءاً عن الثمن الربوى الأول جاز . أو لم يسلمه إليه بل اشتراه فى ذمته وقاصه جاز :

وقد نقل صاحب الشرح الكبير عن شيخه فى أصل المسألة : الجواز حيث قال : والذى يقوى عندى جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك فى ابتداء العقد . وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التى فى الذمة

---

(١) كشاف القناع ص ٣٥ ، الشرح الكبير ص ٤٦ .

بعد لزوم العقد الأول فصح . كما لو كان المبيع الأول ثياباً أو حيواناً ، ولأن الأصل حل البيع . وإنما حرم فى مسألة العينة للأثر الوارد فيها وليس هذا فى معناه .

* * *

مادة (٣٩) : التسعير حرام ، ويكره الشراء به ، وإن هدد من خالفه حرم البيع وبطل .[١]

إيضاح

التسعير : منع الناس البيع بزيادة على ثمن يقدره الإمام أو نائبه ، وهو حرام لحديث أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله - ﷺ - فقالوا : يارسول الله ، غلا السعر فسعر لنا فقال : « إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق إنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبنى بمظلمة من دم ولا مال » (رواه أبو داود) .

ووجه الأستدلال من وجهين الأول : أن الرسول لم يسعر وقد سالوه ذلك ولو جاز لأجابهم إليه .

الثانى : أنه علل بكونه مظلمة ، والظلم حرام ، ولأنه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان .

(١) كشاف القناع ص ٣٥ ، المغنى ص ٢٨١ .

وقال بعض الأصحاب : التسعير سبب الغلاء لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير مايريدون . ومن عنده البضاعة يمتنع عن بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلا ، فيرفعون فى ثمنها ليصلوا إليها فتغلوا الأسعار ، ويحصل الضرر بالجانبين ، جانب الملاك فى منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشترى فى منعه إلى الوصول إلى غرضه فيكون حراماً .

ويحرم قول الامام لبائع غير محتكر : بع كالناس لأنه إلزام له بما لايلزمه ، وأوجب الشيخ تقى الدين الزام السوقة المعاوضة بثمن المثل لأنها مصلحة عامة لحق الله تعالى فهى أولى من تكميل الحرية ، وكره الإمام احمد البيع والشراء من مكان الزم الناس بهما فيه لا الشراء ممن اشترى منه .

* * *

مادة (٤٠) :

(ا) الاحتكار حرام ، بثلاثة شروط :

الأول : أن يكون الطعام المحتكر مُشْتَرى .

الثانى : أن يكون قوتا .

الثالث : أن يضيق على الناس بشرائه .

(ب) يجبر المحتكر على بيع ما احتكره كما يبيع الناس فإن أبى وخيف التلف بحبسه عن الناس فرقه الإمام على المحتاجين ، ويردون مثله عند زوال الحاجة .

إيضاح

إحتكار الطعام هو حبسه ليقل ويغلو وبالناس حاجة إليه ، وهو محرم ، لما روى الأثرم عن أبى أمامة قال : « نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ان يحتكر الطعام » وروى أيضاً بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله قال : « من احتكر فهو خاطىء » وقال : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » .

وتنص المادة على أن الاحتكار محرم ، إذا كان الطعام المحتكر مشترى . فلو جلب شيئاً ، أو أدخل من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً . ولأن الجالب لا يضيق على أحد، ولا يضر بهم ، بل ينفع . فإن الناس إذا علموا أن عنده طعاماً معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه ، وأن يكون المشترى قوتاً لآدمى . أما الأدام كالحلوى والزيت والعسل ، وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . وقد سئل أبو عبد الله عن أى شيء الاحتكار قال : « إذا كان من قوت الناس » وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوى حديث الاحتكار . قال أبو داود : وكان يحتكر النوى والخبط والبذر ، ولأن هذه الأشياء لا تعم الحاجة إليها ، أشبهت الثياب والحيوان .

ولا يكون الاحتكار حراماً إذا لم يضيق على الناس بشرائه ، بأن اشتراه فى حال الاتساع والرخص ، ولا يحصل الضيق إلا بأمرين:

أحدهما : أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار : كالحرمين ، والثغور ، قاله أحمد : فظاهر هذا ، أن البلاد الواسعة الكبيرة كبغداد والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار ، لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً .

الثانى : أن يكون فى حال الضيق ، بأن تدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال ليشترونها ، ويضيقون على الناس .

ويجبر المحتكر على بيع ما احتكره كما يبيع الناس دفعاً للضرر ، فإن أبى أن يبيع ما احتكره من الطعام وخيف التلف بحبسه عن الناس فرقه الإمام على المحتاجين إليه ، ويردون مثله عند زوال الحاجة .

* * *

الشروط فى البيع

مادة (٤١) : الشرط فى البيع إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة ، والمعتبر من الشروط ما كان فى صلب العقد وهو قسمان : صحيح ، وفاسد .[1]

---

(١) كشاف القناع ص ٣٦ ، منتهى الإرادات ص ٢٢ .

إيضاح

يعتبر لترتب الحكم على الشرط مقارنته للعقد .

وفى الكشاف قال صاحب الفروع : ويتوجه كنكاح ، ويأتى ان زمن الخيارين كحال العقد ، وعلى ما نقل فى الكشاف . يعتبر من الشروط ما اتفق المتعاقدان عليه قبل العقد ، حيث أن الحكم فى النكاح هو اعتبار الشرط المتفق عليه قبل العقد ، كما يعتبر الشرط زمن الخيارين (خيار المجلس وخيار الشرط) .

ولا يعتبر اتفاقا الشرط بعد لزوم العقد .

* * *

مادة (٤٢) : الصحيح من الشروط ثلاثة أنواع :

الأول : ما كان من مقتضى العقد ، وهذا لا أثر له .

الثانى : (ا) ما شرطه أحد العاقدين مما فيه مصلحة مقصودة مباحة ممكنة ، وهذا الشرط يجب الوفاء به .

(ب) إذا لم يف بالشرط ، فللمشترط الخيار ، بين الفسخ أو الإمضاء مع أخذ أرش فقد الصفة .

الثالث : ما شرطه البائع من نفع مباح معلوم فى مبيع ، وما شرطه المشترى من نفع البائع فى المبيع ، وهذا يجب الوفاء به .[1]

إيضاح

النوع الأول من الشروط الصحيحة ما يتطلبه العقد بحكم الشرع ولا أثر لهذا النوع فوجوده كعدمه ، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد كالتقابض وحلول الثمن ، وتصرف كل منهما فيما يصير إليه ، من ثمن أو مثمن . وكرد المبيع بعيب قديم . فاشتراط مثل هذا لم يأت لمشترطه بجديد . بل هو أمر يستلزمه العقد بدون حاجة إلى اشتراطه .

النوع الثانى من أنواع الشروط الصحيحة ، ما شرطه أحد المتعاقدين على الآخر من صفة مقصودة كاشتراط صفة فى الثمن ، كتأجيله أكله أو بعضه : أو اشتراط رهن معين ولو كان الرهن المبيع . واشتراطه ضميناً معيناً . فلو قال بعتك هذا على أن ترهنينه على ثمنه ، فقال اشتريت ورهنت صح الشراء والرهن .

أو اشتراط المشترى صفة فى المبيع ككون الدابة هملاجة أو لبونا ، لأن اللبن أمر مقصود يتحقق من الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالهملجة فى الدابة . وإنما لم يجز بيع اللبن منفرداً للجهالة . والجهالة فيما كان تبعاً لا تمنع الصحة . ولذلك لو اشتراها من غير شرط

(١) كشاف القناع ص ٣٦ — ٣٨ منتهى الارادات ص ٢٢ ، ٢٤

صح بيعه معها ، وكذا لو شرط أن يكون الفهد صيوداً ، أو الأرض خراجها كذا فى السنة ، أو الطائر مصوتاً ، أو أنه يأتى من مسافة معلومة، لأن فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له ، وخلقة فيه، فأشبه الهملجة فى الدابة والصيد فى الفهد .

فهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها ، لقول الرسول - ﷺ -: « المؤمنون عند شروطهم » فإن لم يف المشروط عليه بما التزمه فللمشترط الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن ، أو الإمضاء مع أخذ أرش فقد الصفة فيما إذا كان الشرط صفة فى المبيع لها قيمة . فإن تعذر رد المبيع كأن تلف تعين الأرش .

ولا بد أن يكون الشرط مما يمكن الوفاء به كالصور المتقدمة ، أما إذا اشترط ما لا يمكن الوفاء به بطل الشرط كأن يشترط المشترى على البائع أن يوقظه الطائر المبيع للصلاة ، أو يشترط أن تحلب الدابة كل يوم قدراً معيناً ، فهذا الشرط باطل لأنه لا يمكن الوفاء به والبيع صحيح .

ولا بد أيضاً أن يكون الشرط غير محرم شرعاً ، فلو اشترط أن يكون الكبش مناطحاً أو الديك مناقراً بطل الشرط لأنه ممنوع وحـرام .

أما إذا شرط صفة فبانت أعلى مما شرط فلا فسخ . كان اشترطها حائلا فبانت حاملا فهو زيادة لا يستحق بها المشترى الفسخ ولا يستحق البائع زيادة فى الثمن .

ويحتمل أن للمشترى الفسخ ، لأنه قد يريدها لسفر ، أو حمل شىء لا تتمكن منه مع الحمل .

الثالث من أنواع الشروط الصحيحة : شرط بائع نفعاً مباحاً معلوماً فى مبيع ، وهذا الشرط يجب الوفاء به أيضاً ، كأن يشترط البائع على المشترى سكنى الدار شهراً ، أو أن يحمله البعير إلى موضع معلوم ، لحديث جابر - رضى الله عنه - : « أنه باع النبى -صلى الله عليه وسلم- جملا واشترط ظهره إلى المدينة » .

وكذا شرط مشتر : نفع بائع فى مبيع ، كاشتراطه عليه حمل الحطب المبيع ، أو تكسيره ، أو خياطة ثوب ، أو تفصيله . وإنما يصح الشرط إذا كان النفع معلوماً ، فلو شرط المشترى الحمل إلى منزله ، والبائع لا يعرفه لم يصح الشرط ، للجهل بالنفع . وظاهره صحة البيع ، وعليه : فيثبت له الخيار وكذا لو شرط البائع على المشترى نفع غير مبيع ، أو شرط مشتر نفع بائع فى غير مبيع .

* * *

مادة (٤٣) :

(١) : للبائع استيفاء النفع بنفسه أو بغيره ، مالم يكن أكثر منه ضرراً . وإذا أراد المشترى إعطاء البائع ما يقوم مقام المبيع فى المنفعة ، أو عوض النفع ، لم يلزمه قبوله .

(ب) : يجوز للبائع أَن يقيم مقامه من يعمل العمل المشروط عليه ، وإن أراد البائع بذل عوض النفع ، أو أراد المشترى أخذه ، لم يجبر الممتنع منهما ، وإن تعذر العمل بسبب تلف المبيع ، أو موت البائع رجع المشترى بعوض النفع ، أما إذا تعذر بسبب مرض البائع أقيم مقامه من يعمل العمل ، والأجرة عليه[1] .

إيضاح

(ا) : للبائع استيفاء النفع المستثنى بنفسه أو بغيره ، وله إجارة ما استثناه وإعارته ، كالعين المؤجرة ، فان لمستأجرها إجارتها وإعارتها لمثله ، لا لمن هو أكثر منه ضرراً .

وفى الكشاف : قال فى الاختيارات: «وإذا شرط نفع المبيع لغيره مدة معلومة: فمقتضى كلام أصحابنا جوازه» ، فإنهم احتجوا بحديث أم سلمة: « أنها أعتقت سفينة ، وشرطت عليه أن يخدم النبي ماعاش » ، واستثناء خدمة عبده كاستثنائها فى البيع .

---

(١) كشاف القناع ص ٣٨ ، ٣٩ منتهى الإيرادات ص ٢٤ ، ٢٥ .

وإن أراد المشتري إعطاء البائع ما يقوم مقام المبيع فى المنفعة المستثناة ، أو أراد أن يعوضه عنها لم يلزمه قبوله . وله استيفاء المنفعة من عين المبيع ، لتعلق حقه به . وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما .

(ب) : إن أقام البائع مقامه من يعمل العمل المشترط عليه فله ذلك ، لأنه بمنزلة الأجير المشترك ، وإن أراد البائع بذل عوض النفع عن ذلك العمل المشترط عليه لم يلزم المشترى قبوله ، وله طلبه منه لأن البائع الزم نفسه له به . وإن أراد المشترى أخذ العوض عن ذلك العمل ، وأبى البائع لم يلزمه بذله ، لأنها معاوضة ، فلا يجبر عليها من أباها منهما . وإن تراضيا على ذلك جاز .

وإن تعذر العمل لتلف المبيع المشروط عمل فيه ، كتلف حطب اشترط تكسيره . أو تعذر بسبب موت البائع ، رجع المشترى بعوض النفع المشروط فى البيع .

أما إذا تعذر العمل على البائع بسبب مرضه ، أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه .

* * *

مادة (٤٤) :

(١) : نفقة المستثنى نفعه على المنتفع به ، لا على المالك .

(ب) : إذا تعـذر استيفاء النفع المستثنى بسبب إتلاف

المشترى للمبيع ، أو تفريطه ، فعليه عوض النفع للبائع .

(حـ) : إذا باع المشترى العين المستثنى نفعها ، صح البيع وتكون فى يد المشترى الثانى مستثناة النفع ، ولا خيار له إذا كان عالماً بذلك[1] .

إيضاح

(أ) : نفقة المبيع المستثنى نفعه مدة معلومة على البائع ، لأنه مالك المنفعة . كالعين الموصى بنفعها ، لا كالمؤجرة والمعارة .

(ب) : إذا تلفت العين المستثنى نفعها ، قبل أن يستوفى البائع النفع المشروط له ، وكان التلف بفعل المشترى ، أو تفريطه ، لزم المشترى أجرة مثل النفع المستثنى ، لتفويت المنفعة المستحقة لغيره — أما إن تلفت العين بغير فعل المشترى أو تفريطه ، فلا عوض عليه . لأن البائع لم يملكها من جهته ، فلم يلزمه عوضها .

(حـ) : إذا باع المشترى العين المستثنى نفعها ، صح البيع ، وتكون فى يد المشترى مستثناة النفع ، كالدار المؤجرة إذا بيعت ، ولا خيار

---

(١) كشاف القناع ص ٣٨ ، ٣٩ ، منتهى الايرادات ص ٢٤ ، ٢٥ .

للمشترى إن كان عالماً بذلك ، لأنه دخل على بصيرة . كما لو اشترى معيباً وهو يعلم العيب ، وإن لم يعلم فله الخيار .

* * *

مادة (٤٥) : لايصح البيع : إذا جمع فيه بين شرطين ، ولو صحيحين إلا أن يكونا من مقتضاه ، أو من مصلحته[١] .

إيضاح

إذا جمع فى بيع بين شرطين ولو صحيحين ، كحمل حطب وتكسيره أو خياطة ثوب وتفصيله ، لم يصح البيع ، لحديث عبد الله بن عمر عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ، ولا بيع ما ليس عندك » . (رواه أبو داود والترمذى) وقال حسن صحيح .

أما الشرط الواحد فلا بأس به ، وحديث جابر يدل على إباحة الشرط الواحد ، حين باع جمله ، واشترط ظهره إلى المدينة .

أما إذا كان الشرطان المجموعان من مقتضى العقد ، كاشتراطه حلول الثمن ، وتصرف كل منهما فيما يصير إليه ، فإنه صحيح بلا خلاف . ومثله : ما إذا كان الشرطان من مصلحة العقد ، كاشتراط رهن وضمين معينين

---

(١) كشاف القناع ص ٣٨ ، ٣٩ ، منتهى الايرادات ص ٢٤ ، ٢٥ .

بالثمن ، أو ببيعه بشرط الخيار والتأجيل ، فهذا لا يؤثر وإن كثر .

وهناك وجه : بان الذى يبطل العقد ، الجمع بين شرطين فاسدين ، كأن يقول : إذا بعتها فأنا أحق بها بالثمن ، وأن تخدمنى سنة . بخلاف الشروط الصحيحة ، فإنها لا تبطل العقد ، سواء كانت من مصلحة العقد أولا .

* * *

مادة (٤٦) : الفاسد من الشروط ثلاثة أنواع :

الأول : شرط أحد العاقدين على صاحبه عقدا آخر . وهو مبطل للعقد من أصله .

الثانى : (ا) : شرط أحدهما ماينافى مقتضى العقد ،أورهنا فاسداً ، أو خياراً ، أو أجلا مجهولين ، أو تأخير تسليم مبيع بلا انتفاع بائع ، فهذا الشرط باطل ، والبيع صحيح .

(ب) : لمن فات غرضه بفساد الشرط الفسخ ، أو الإمضاء مع أخذ مانقص من الثمن ، إن كان بائعاً ، أو ما زاد ، إن كان مشترياً .

(حـ) : يستثنى : شرط بائع على مشتر عتق المبيع ، فإنه صحيح ، ويجبر عليه المشترى .

الثالث : (ا) ، اشتراط أحدهما شرطا يعلق البيع ، أو الشراء عليه ، والبيع لا ينعقد فى هذا النوع .

(ب) : يستثنى من ذلك :

١ — التعليق على مشيئة الله ـ تعالى ـ .

٢ — بيع العربون .[1]

إيضاح

النوع الأول من الشروط الفاسدة : أن يشترط احد العاقدين على صاحبه عقداً آخر . كسلف أو بيع أو إجارة أو غير ذلك ، واشتراط مثل هذا الشرط يبطل البيع . لنهى النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن ذلك ، فى قوله : « لا يحل بيع وسلف ، ولا شرطان فى بيع » ، لأنه : (نهى عن بيعتين فى بيعة) . والنهى يقتضى الفساد .

قال أحمد : وكذا كل ما كان فى معنى ذلك : كأن يقول : بعتك دارى بكذا ، على أن تزوجنى ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتى ، قال

---

(١) كشاف القناع ص ٣٩، ٤٠ ، منتهى ص ٢٤، ٢٥ .

ابن مسعود : « صفقتان فى صفقة ربا » ، ولأنه شرط عقد فى آخر فلم يصح كالشغار .

النوع الثانى من الشروط الفاسدة :

(ا) : اشتراط ما ينافى مقتضى العقد ، كان يشترط المشترى على البائع ألا خسارة عليه ، أو أنه متى نفق المبيع ، وإلا رده ، أو أن يشترط البائع على المشترى ألا يتصرف فى البيع بهبة أو عتق ، أو إن أعتقه فالولاء له ، ونحو ذلك .

فهذه الشروط باطلة ، والبيع صحيح ، لحديث عائشة فى قصة بريرة وفيه : « خذيها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » وفيه «ما كان من شرط ليس فى كتاب الله -تعالى- فهو باطل ، وإن كان مائة شرط » . (متفق عليه) . فأبطل الشرط ، ولم يبطل العقد .

هذا هو الراجح فى المذهب ، وهناك رواية بفساد البيع ، لأن الشرط فاسد ، فأفسد البيع . كما لو اشترط فيه عقداً آخر .

وكذلك يصح البيع ، ويفسد الشرط إذا اشترط البائع على المشترى رهناً فاسداً ، كخمر مثلا ، أو ضميناً ، أو كفيلا غير معينين ، أو أجلا ، أو خياراً مجهولين ، أو شرط مشتر على بائع تأخير تسليم مبيع بلا انتفاع بائع. أما تأخير تسليم المبيع مع انتفاع البائع مدة معلومة فهو شرط صحيح كما تقدم .

(ب) : لمن فات غرضه بفساد الشرط من بائع أو مشتر : الخيار بين الفسخ ، سواء علم بفساد الشرط أولا ، لأنه لم يسلم له ما دخل

عليه من الشرط ، و بين الإمساك مع أخذ ما نقص من الثمن ، إن كان بائعا . لأنه إنما باع بنقص لما يحصل له من الغرض الذى اشترطه . فاذا لم يحصل غرضه رجع بالنقص ، ولإن كان مشتريا رجع بما زاد ، لأنه إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه : ينبغى أن يرجع بما سمح به ، كما لو وجده معيبا .

ويحتمل أن للمشترط الخيار بين الفسخ أو الإمضاء ، دون الرجوع بشىء .

(ج) : ماتقدم فيما إذا كان الشرط غير عتق المبيع ، أما شرط عتق المبيع فصحيح ، ويجبر المشترى عليه إن أباه وذلك لأنه قربة التزمها المشترى ، فأجبر عليه كالنذر ، فإن أصر ممتنعا اعتقه حاكم .

الثالث : من الشروط الفاسدة أن يشترط أحد العاقدين شرطا يعلق البيع عليه ، كأن يقول البائع: بعتك دارى إن رضى فلان بكذا . أو يقول المشترى اشتريت دارك ، إن جئتنى أو إن رضى فلان بكذا ، فلا يصح البيع، لأن مقتضى البيع نقل الملك حال العقد ، والشرط يمنعه فلا ينعقد البيع .

(ب) : يستثنى من ذلك ما إذا علق البيع على مشيئة الله تعالى فإن البيع صحيح ، لأن القصد منه التبرك ، لا التردد ، غالبا . وكذلك بيع العربون وسيأتى .

* * *

بيع العربون

مادة (٤٧) :

(أ) : بيع العربون صحيح .

(ب) : العربون يحسب من الثمن، إن تم العقد ، وإلا : فيكون من حق البائع[١] .

إيضاح

(أ) بيع العربون : هو دفع بعض الثمن فى بيع عقداه ، ويقول مشتر لبائع: أن أخذت المبيع احتسبت بما دفعت من الثمن ، وإلا فهو لك . أو يقول : إن جئتك بالباقى من الثمن وإلا فهو لك ، وإن لم يعين وقتاً .

وبيع العربون صحيح ، وقد استثنى من قاعدة تعليق البيع للأثر الوارد . فقد روى عن نافع بن الحارث : أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية ، فإن رضى عمر وإلا فله كذا وكذا . قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ قال: «أى شىء أقول هذا عمر» وقد ضعف أحمد حديث ابن ماجه من أنه ﷺ « نهى عن بيع العربون » .

(ب) : إذا أعطى المشترى البائع مثلا درهما ، وقال له إن أخذت المبيع فالدرهم من الثمن ، وإلا فهو لك ، صح البيع ، فإن تم العقد ، احتسب الدرهم من الثمن ، وإن لم يتم كان للبائع .

---

(١) كشاف القناع ص ٤١ منتهى الإرادات ص ٢٧ الشرح الكبير ص ٥٨

أما إذا دفع المشترى للبائع درهما قبل العقد ، وقال له : لاتبع هذه السلعة لغيرى ، فإن لم أشترها فالدرهم لك . فإن اشتراها منه وحسب الدرهم من الثمن ، صح لخلو العقد عن شرط ، وإلا رجع بالدرهم ، لأن رب السلعة لو أخذ الدرهم لأخذه بغير عوض . ولايجوز جعله عوضاً عن انتظاره ، لأن الانتظار بالبيع لايجوز المعاوضة عنه ، ولوجازت لوجب أن يكون معلوم القدر . وهذا هو المذهب .

وهناك رأى: بأن بيع العربون لايصح ، قاله أبوالخطاب ، واحتج بما رواه ابن ماجة ، من أنه ﷺ (نهى عن بيع العربون) . ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض ، فلم يصح ، كما لوشرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإن اشترط أن له رد المبيع ، من غير ذكر مدة فلم يصح ، كما لو قال: إلى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم .

* * *

تعليق الفسخ

مادة (٤٨) : إذا علق أحد المتعاقدين فسخ البيع على شرط صح البيع والشرط(١) .

---

(١) كشاف القناع ص ٤٢ ، منتهى الإرادات ص ٢٧ ، الشرح الكبير صفحة ٥٩ .

إيضاح

إذا علق أحد المتعاقدين فسخ البيع على شرط : كأن يقول البائع للمشترى : بعتك دارى بكذا ، على أن تنقدنى الثمن إلى ثلاثة أيام ، أو إلى مدة معلومة ، أو ترهنينه على ثمنه ، وإلا فلا بيع بيننا . صح البيع والشرط بالقبول ، لأن تعليق الفسخ رفع للعقد ، بأمر يحدث فى مدة خيار ، أشبه شرط خيار ، فجاز . وهو قول عمر . وينفسخ البيع إن لم ينقده المشترى الثمن فى المدة ، أو يرهنه المبيع بثمنه .

أما لو قال : بعتك على أن تنقدنى الثمن إلى ثلاث فإن لم تفعل فلى الفسخ أو يقول المشترى اشتريت على أن تسلمنى المبيع إلى ثلاثة ، فإن لم تفعل فلى الفسخ ، كان للمشترط الخيار .

* * *

مادة (٤٩) : إذا علق أحد المتعاقدين الفسخ على رد البائع الثمن فى وقت محدد ، وكان ذلك حيلة للربح فى القرض ، بطل العقد والشرط[١] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٢ ، المنتهى صفحة ٢٧ ، الشرح الكبير صفحة ٥٩ .

إيضـــاح

إذا كان تعليق الفسخ على رد البائع الثمن، فى وقت محدد حيلة للربح فى القرض بطل العقد والشرط . كأن باع شيئا ، وقبض ثمنه ، وشرط المشترى عليه إن رد إليه الثمن بعد عام مثلا فلا بيع بينهما ، وكان ذلك حيلة منهما للربح فيما دفع للبائع ، بطل العقد سداً للذرائع .

أما إذا لم يكن ذلك حيلة ، صح البيع والشرط ، بأن يكون المبيع لاينتفع به إلا بإتلافه .

* * *

زيادة المبيع أو نقصانه عما قدّر به

مادة (٥٠) : إذا ظهر فى مبيع مذروع زيادة عما قدر به صح البيع ، والزائد للبـائع مشاعا . ولـكل من البائع والمشترى الفسخ دفعا لضرر الشركة ، إلا إذا بذل البائع الزائد مجانا ، فلا فسخ للمشترى ، وإن اتفقا على إمضائه بعوض جاز[١] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٣ ، منتهى الإرادات صفحة ٢٨ . الشرح الـكبير صفحة ٦٠ — ٦١ .

إيضاح

من باع شيئاً يذرع ، كأرض ، وثوب ، على أنه عشرة أذرع، فبان أكثر عما قدر به ، صح البيع . لأن ذلك نقص على المشترى ، فلم يمنع صحة البيع كالعيب . والزائد للبائع لأنه لم يبعه ، ويكون مشاعا لأنه لم يعينه .

ولكل من البائع والمشترى الفسخ دفعاً لضرر الشركة ، إلا إذا أعطى البائع الزائد للمشترى بلاعوض ، فلا فسخ للمشترى لأن البائع زاده خيراً . وإن اتفقا على إمضاء البيع فى الكل بعوض جاز ، لأن الحق لهما ، لايعدوها .

وفى رواية أن البيع باطل ، لأنه لايمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا إجبار للمشترى على أخذ البعض ، وإنما اشترى الكل ، وعليه ضرر فى الشركة أيضاً .

* * *

مادة (٥١) :

(١) : إذا ظهر فى مبيع مذروع نقص، صح البيع ، والنقص على البائع ، وللمشترى الفسخ ، وللبائع الخيار ، إذا أخذه المشترى بقسطه من الثمن .

(ب) : يجوز للمتعاقدين أن يتراضيا على تعويض المشترى عن نقص المبيع[1] .

إيضاح

(ا) : إن بان مبيع مذروع أقل عما قدر به ، صح البيع ، لأن ذلك نقص حصل على البائع ، فلم يمنع صحة البيع ، كما تقدم ، ويكون النقص على البائع ، لأنه التزمه بالعقد .

وللمشترى الفسخ لنقص المبيع ، وله الإمضاء بقسطه من الثمن ، إن رضى البائع ، لأن الثمن يتقسط على كل جزء من أجزاء المبيع ، فإذا فات جزء استحق ما يقابله من الثمن ، فان لم يرض البائع فللمشترى الفسخ ، دفعاً لذلك الضرر .

فإن اراد المشترى أخذه بقسطه من الثمن خير البائع إن شاء أمضى ، وإن شاء فسخ . دفعاً لضرره ، ولاخيار للبائع إن أخذه المشترى بجميع الثمن لزوال ضرره .

وفى رواية : أن البيع باطل ، لما تقدم فى صورة الزيادة .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٣ ، منتهى الارادات صفحة ٢٨ .
الشرح الكبير صفحة ٦٠ ، ٦١ .

(ب) : إذا تراضى المتعاقدان على تعويض المشترى عن نقص المبيع جاز لهما ذلك ، لأنه حقهما .

* * *

مادة (٥٢) : إذا ظهر نقص أوزيادة فى مبيع يكال ، أويوزن صح البيع ، والزائد للبائع مشاعاً ، والنقص عليه . ويأخذه المشترى بقسطه من الثمن ، ولاخيار لأحدهما .[١]

إيضاح

إذا كان المبيع مما يكال ، أو يوزن ، فبان أقل أو أكثر عما قدر به كصبرة بيعت على أنها عشرة ، فبانت تسعة أو أحد عشر . صح البيع لصدوره من أهله فى محله ، والزائد للبائع مشاعاً لعدم تعينه ، والنقص عليه ، ويأخذه المشترى بقسطه من الثمن ، ولاخيار لأحدهما ، لأنه لاضرر على المشترى فى ردا لزائد ، ولافى أخذ الناقص بقسطه . لأن نقصان القدر ليس بعيب فى الباقى .

وفى رواية: أن للمشترى الخيار ، إذا وجد المبيع ناقصاً ، قياساً على غير المكيل والموزون ، كنقصان الصفقه .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٣ ، منتهى الإرادات صفحة ٢٨ .
الشرح الكبير صفحة ٦٠ ، ٦١ .

أنواع الخيار فى البيع

مادة (٥٣) : الأول خيار المجلس :

يثبت خيار المجلس فى البيع ، وما فى معناه، ما دام العاقدان فى مجلس العقد ، ولم يتفرقا اختيارا ، بأبدانهما بما يعد تفرقاً عرفا ، مالم يتبايعا على ألاّ خيار لهما[١] .

إيضاح

الخيار : طلب خير الأمرين ، من الإمضاء أو الفسخ ، وهو باعتبار سببه ثمانية أقسام : سبق الكلام على نوعين منها: الأول خيار الخلف فى الصفة فى المادة ١٨ ، والثانى خيار فى البيع بتخبير الثمن، فى المادة ٣١ ، الأول منها ــ خيار المجلس ، والمراد بالمجلس مكان التبايع ، وهو حق لكلا العاقدين لبيع ، أو ما فى معنى البيع ، كالصلح على مال ، والإجارة على عين ، أو نفع فى الذمة ، والهبة بعوض معلوم ، وقسمة التراضى ، وماقبضه شرط لصحته ، كصرف وسلم وربوى بربوى ، لأن ذلك كله فى معنى البيع .

(١) كشاف القناع ص ٤٤ ، ٤٦ ، الشرح الكبير ص ٦١ ، ٦٤ منتهى الارادات ص ٢٩ .

أما العقود التى ليست فى معنى البيع ، كالمساقاة والمزارعة والوكالة والشركة ونحوها من العقود الجائزة ، فلاخيار فيها، للاستغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها وكذلك الحوالة ، لاستقلال أحد المتعاقدين بها . والمسابقة ، لأنها جعالة ، ونحو ذلك ، كالوقف والضمان والرهن .

ويثبت حق الخيار لكل من العاقدين ماداما فى المجلس، وإن طالت مدة مكثهما فيه ، ولو شهراً ولم يتفرقا بأبدانهما ، والمعتبر فى التفرق العرف . مالم يكن تفرقهما عن إكراه لهما ، فيبقى خيارهما . وإن أكره أحدهما ، سقط خيار صاحبه ، لتفرقه باختياره ، وبقى خيار المكره . وكذا يبقى خيارهما ، إذا تفرقا اضطرارا كخوف عدو ، أو ظالم أو سيل أو سبع أو نحو ذلك .

فإذا فارق أحدهما صاحبه، اختيارا لزم البيع ، سواء قصد بالمفارقة لزوم البيع أو حاجة أخرى . وإن كانت الفرقة خشية فسخ البيع حراماً . لحديث: « البائع والمبتاع بالخيار ، حتى يتفرقا، إلا أن يكون صفقة خيار ، ولايحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه النسائى والأثرم والترمذى .

أما إذا اتفقا فى العقد على ألا خيار لهما فلاخيار . لما تقدم فى الحديث، من قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « إلا أن يكون صفقة خيار » ، والمراد بصفقة الخيار : أن يكون العقد على اختيار البيع ولزومه .

مادة (٥٤) :

(١) : إذا أسقط المتعاقدان الخيار فى المجلس ، أو مات أحدهما فيه سقط خيارهما .

(ب) : لا يسقط خيار المجلس ، إذا أصيب أحدهما فيه بالجنون .

(حـ) : إذا أسقط أحد المتعاقدين خياره ، سقط حقه ، دون حق صاحبه .

إيضاح

(١) : إذا أسقط المتبايعان الخيار بعد العقد ، وقبل التفرق ، بأن قال كل منهما فى المجلس : اخترت إمضاء العقد ، أو التزامه ، فقد سقط الخيار ، لأنه حق لهما : أسقطاه باختيارهما . وكذا الحكم : إذا مات أحدهما فى المجلس ، لأن الموت أعظم الفرقتين .

(ب) : إذا جن أحد المتعاقدين ، فهو على خياره ، إذا أفاق . وليس ذلك لوليه ، لأن الرغبة فى المبيع أو عدمها لاتعلم إلا من جهته .

---

(١) كشاف القناع ص ٤٦ ، ٤٧ ، منتهى الارادات ص ٣٠ . الشرح الكبير صفحة ٦٥ .

(ح) : إذا أسقط أحد المتعاقدين خياره، أو قال لصاحبه أختر أنت ، سقط خياره ، و بقى خيار صاحبه ، لأنه خيار فى البيع ، فلم يبطل حق من لم يسقطه .

* **

مادة (٥٥) : يستثنى من البيع الذى يثبت فيه الخيار ما يأتى :

١ — عقد الكتابة .

٢ — إذا تولى طرفى العقد واحد .

٣ — إذا اشترى من يعتق عليه .

٤ — إذا اشترى من اعترف بحريته قبل العقد[١] .

إيضاح

الأصل ثبوت خيار المجلس فى كل عقد بعوض ، إلا أنه قد استثنى من ذلك بعض العقود، لاعتبارات خاصة، بها فلم يثبت فيها الخيار وهى :

١ — عقد الكتابة، لأنه وسيلة للعتق، والإسلام يتشوف للحرية.

٢ — إذا تولى طرفى العقد واحد ، كأن كان وكيلا عن البائع والمشترى ، أو اصلا عن نفسه ، ووكيلا عن غيره ، فلا خيار فى هذا العقد لانفراد العاقد به

(١) كشاف القناع ص ٤٤ ، ٤٥ منتهى الإيرادات ص ٢٩

٣ — إذا اشترى من يعتق عليه ، كما لو اشترى ذارحم محرم لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه بالعقد ، أشبهمالومات قبل التفرق . ولأن شراء من يعتق عليه افتداء له ، كشراء الأسير وليس شراء حقيقة .

٤ — أن يشترى من اعترف بحريته قبل العقد ، وإن رجع فى اعترافه . لأنه صار حراً باعترافه السابق .

* * *

مادة (٥٦) : الثانى خيار الشرط :

[ا] : لكل من العاقدين لبيع أو ما فى معناه مما يثبت فيه خيار المجلس شرط الخيار لهما أو لأحدهما فى صلب العقد أو بعده، زمن الخيار مدة معلومة، وإن طالت ، ولو كان المبيع مما يفسد قبل مضيها .

[ب] : يصح أن يكون الخيار فى بعض المبيع المتعدد إن كان متعيناً[1] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٧، منتهى الايرادات صفحة ٣٠ ، ٣١ ، الشرح الكبير ٦٦ ، ٦٧

إيضاح

(١) القسم الثانى من أقسام الخيار : خيار الشرط :

وهو أن يشترط العاقدان ـ أصليان أو وكيلان ـ أن لهما الخيار مدة معلومة ، ويشترط أحدهما الخيار لنفسه ، على أن يكون ذلك فى العقد أو بعده فى زمن أحد الخيارين . لأنه بمنزلة حال العقد . لقوله عليه السلام : « المسلمون على شروطهم » ، ولأنه حق مقدر يعتمد الشرط ، فيرجع فى تقديره إلى شرطه . فإذا انقضت مدة الخيارين دون أن يشترطاه سقط حقهما فيه ، للزوم البيع .

ويثبت خيار الشرط فى البيع ، ومافى معناه على ماسبق فى خيار المجلس ، ولا بد أن تكون المدة معلومة ، فإن كانت مجهولة ، كأن قال لى الخيار أبدا ، أو مدة نزول المطر ، او بعتك ولى الخيار متى شئت أو لم يعين مدة ، صح البيع ويلغو الشرط للجهالة ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة . ولأن اشتراط الخيار أبدا يقتضى المنع من التصرف إلى الأبد ، وذلك ينافى مقتضى العقد ، فلا يصح .

وفى رواية عن أحمد : أنه يجوز أن تكون المدة مجهولة ، وهما على خيارهما أبدا ، أو يقطعاه .

ويجوز أن تكون المدة طويلة ، حتى ولو كان المبيع مما يفسد قبل مضيها : كطعام رطب ونحوه . وفى هذه الحالة : يجب أن يبيعه أحدهما بإذن الآخر ، او يبيعه حاكم إن تشاحا ، ويحفظ ثمنه إلى انقضاء المدة كرهن مايسرع إليه الفساد على مؤجل .

(ب) إذا كان المبيع متعددا فيصح شرط الخيار فى بعضه دون الآخر . إذا كان ماشرط فيه الخيار ، معيناً كأن باع فرسين وشرط الخيار فى احدهما بعينه لأنه كبيع مافيه شفعة ومالا شفعة فيه . ومتى فسخ فى بعض المبيع رجع المشترى بقسطه من الثمن إذا كان قد أقبضه . فإن لم يكن قد أقبضه سقط عنه بقسطه ودفع الباقى .

* * *

مادة (٥٧) :

[ا] : يجوز للمتبايعين شرط الخيار لأجنبي ، ولا يسقط ذلك حقهما فيه .

[ب] : إذا كان العاقدان وكيلين فلا يجوز لهما شرط الخيار لأجنبي ، ولا لهما دون موكليهما . (١)

إيضاح

(ا) : إذا كان العاقدان هما البائع والمشترى صح أن يشترطا الخيار لأجنبي معهما ، ويكون الخيار لكل من المشترط والأجنبي مدة الخيار

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٩ ، منتهى الايرادات صفحة ٣٢ ، الشرح الكبير صفحة ٦٩ .

والأجنبي حينئذ يكون كالوكيل ، فلا يصح جعل الخيار له دون الأصل . فلو قال أحد المتبايعين بعت أو اشتريت على أن يكون الخيار لزيد دونى لم يصح ، لأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين . ولا يصح جعله لمن لاحظ له فيه ، ولو كان المبيع عبداً ، فشرط الخيار له صح الشرط . سواء كان المشترط هو البائع أو المشترى أو كل منهما. ويكون الخيار للمشترط أصالة ، والمبيع توكيلا ، كما تقدم فى الأجنبي .

(ب) : إذا كان أحد العاقدين وكيلا . أو كانا وكيلين فلا يجوز لمن يتولى العقد بالوكالة منهما أن يشترط الخيار لأجنبي بل إذا اشترط الوكيل الخيار ، فهو لموكله لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل . وإن شرط الوكيل لنفسه ثبت الخيار للوكيل وموكله . لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل، وثبت لوكيله لقيامه مقامه فى البيع ، وذلك من متعلقاته . وإن شرط الوكيل الخيار لأجنبي فلا يصح الشرط ، لأن الوكيل ليس له أن يوكل فى مثل ذلك . كذلك لو شرطه الوكيل لنفسه دون موكله ، لم يصح .

* * *

مادة (٥٨) : لا يثبت خيار الشرط فى العقود الآتية :

١ — ما كان قبضه شرطاً لصحة بيعه .

٢ — إجارة تبتدىء من حين العقد[١] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٨ ، منتهى الإرادات صفحة ٢٩ ، الشرح الكبير صفحة ٦٧ .

إيضاح

يستثنى من العقود التى يحدث فيها خيار الشرط :

١ — ما كان قبضه شرطاً لصحة بيعه ، كصرف وسلم ، وبيع مكيل بمكيل وموزون بموزون، لأن موضوع هذه العقود على ألا يبقى بين المتعاقدين علقه بعد التفرق ، بدليل اشتراط القبض . وثبوت خيار الشرط فيها يبقى بينهما علقة .

٢ — عقد الإجارة على عين، إذا كانت مدة الإجارة تلى العقد ، كأن أجر الدار شهراً من الآن ، فلايصح شرط الخيار ، لأنه يفضى إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها ، أو إلى استيفائها فى مدة الخيار وكلاهما غير جائز . أما إذا كانت مدة الإجارة لاتلى العقد وكانت مدة الخيار تنتهى قبل ابتداء مدة الإجارة جاز ، الشرط .

* * *

مادة(٥٩) : شرط الخيار حيلة للربح فى قرض مبطل للبيع[١] .

إيضاح

إذا كان اشتراط الخيار حيلة للوصول إلى الربح فى القرض ، كأن أقرضه مالا ، واشترى منه شيئاً بثمن فى ذمته، وجعل لنفسه الخيار مدة

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٧ ، منتهى الإيرادات صفحة ٣١ ، الشرح الكبير صفحة ٧٠ .

وهو يريد بذلك أن يحتال على الانتفاع بالمبيع مدة الخيار ، فلا يصح البيع . لأنه ذريعة للربا المحرم ، إذ أن نماء المبيع المنفصل للمشترى كما سيأتى .

أما إذا لم يكن القصد بشرط الخيار الحيلة ، بل كان الغرض المحافظة على ماله خشية أن يذهب به ، وكان المبيع مما لا ينتفع به دون إتلافه ، أو كان بين البائع مدة الخيار جاز .

* * *

مادة (٦٠) :

(ا) : يصح أن تكون مدة الخيار متساوية أو متفاوتة بالنسبة للمتعاقدين .

(ب) : تبتدىء مدة الخيار من حين اشتراطه ، وتنتهى بأول غايته .

(حـ) : لمن له الخيار الفسخ فى مدته من غير حضور صاحبه أو رضاه ، فإذا انتهت المدة ولم يفسخ لزم البيع[١] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٤٨ ، ٤٩ الشرح الكبير صفحة ٦٧ ، ٦٩ منتهى ص ٣١ .

إيضاح

(ا) : يصح أن تكون مدة الخيار المعلومة متساوية ، بالنسبة لكل من المتعاقدين ، أو متفاوتة : كأن يشترط أحدهما لنفسه شهراً ، ولصاحبه أسبوعاً ، لأن الخيار حق لهما ، فكيفما تراضيا به جاز .

(ب) : تبتدىء مدة الخيار ، من العقد إن شرطاه فيه ، أو من حين اشتراطه فى زمن الخيار ، وتنتهى بدخول أول غايتها . فإن قال لى الخيار إلى الغد لم يدخل الغد ، لأن لفظ (إلى) لانتهاء الغاية . وما بعدها يخالف ماقبلها ، وأن شرطاه إلى الظهر أو العصر ، سقط بدخول أول وقتها ، أو إلى رمضان سقط بدخول أول يوم فيه .

(ح) : مادامت مدة الخيار باقية ، فلمن له حق الخيار الفسخ دون إذن صاحبه ، أو رضاه . لأن الفسخ حل عقد جعل إليه فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق .

وفى رواية أبى طالب : إنما يملك البائع الفسخ برد الثمن وجزم به الشيخ كالشفيع . قال فى الإنصاف وهذا هو الصواب الذى لا يعدل عنه خصوصاً فى زماننا هذا ، وقد كثرت الحيل ، أما قبل رده فلا يمكن البائع من الفسخ .

فاذا مضت المدة ولم يفسخ من له حق الفسخ بطل الخيار ، ولزم البيع ، لأن اللزوم هو مقتضى البيع تخلف هذا اللزوم باشتراط الخيار ، فاذا انقضت مدته لزم العقد بمقتضاه لخلوه عن المعارض .

مادة (٦١) : فى زمن الخيار ينتقل ملك كل من المبيع والثمن بالعقد ، وعلى من انتقل إليه مؤنة ما ملكه وزكاته وله نماؤه المنفصل[١] .

إيضاح

ينتقل ملك المبيع فى زمن الخيار إلى المشترى ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، لقوله عليه السلام : « من باع عبداً وله مال فماله لبائعه إلا أن يشترط المبتاع » (رواه مسلم) ، فجعل المال للمبتاع باشتراطه وهو عام فى كل بيع ، فشمل بيع الخيار . لأن البيع تمليك بدليل صحته بقوله ، ملكتك فيثبت به الملك فى بيع الخيار كسائر البيع . يحققه أن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشترى ، ويقتضيه لفظه ، ودعوى القصور فيه ممنوعة ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ، ولا يمنع نقل الملك فيه ، كالمعيب وامتناع التصرف فى زمن الخيار لأجل حق الغير ، لا يمنع ثبوت الملك كالمرهون .

وفى رواية عن أحمد : أن الملك لاينتقل حتى ينقضى زمن الخيار .

ويترتب على نقل الملك إلزام مشتر بمؤنة المبيع ، وإخراج زكاته

---

(١) كشاف القناع صفحة ٥٠ ، ٥١ ، منتهى الارادات صفحة ٣٢ الشرح الكبير صفحة ٧٠ ، ٧١ .

إذا كان المبيع نصاباً، ومدة الخيار حولا امضى البيع، او فسخه، بمضى الحول وهو فى ملكه، وللمشترى ماحصل فى المبيع من كسب، أو أجرة، أو نماء منفصل، ولو من عينه، كثمرة وولد ولبن ولو لم يقبضه، ويكون النماء أمانة عند البائع أمضيا البيع أو فسخاه. لأن كل ذلك يترتب على ثبوت الملك.

أما النماء المتصل: كالسمن وتعلم الصنعة والحمل الموجود وقت العقد إذا ولد زمن الخيار كل ذلك تابع للمبيع، يرد معه عند الفسخ. لأن تفريق المبيع ضرر على البائع.

والثمن إذا كان معيناً أو موصوفاً، وقبض كالمبيع. فى كل ماتقدم فى الأحكام، لأنه أحد العوضين فيثبت له ماثبت للآخر.

* * *

مادة (٦٢): يسقط خيار الشرط فى الأحوال الآتية:

١ — إذا تلف المبيع بعد القبض.

٢ — إذا تلف المبيع قبل القبض وكان من ضمان المشترى.

٣ — إذا أتلف المشترى المبيع قبضه أو لم يقبضه.

٤ — إذا تصرف أحد العاقدين بإذن الآخر[١].

---

(١) كشاف القناع صفحة ٥٠ — ٥٣، منتهى الارادات صفحة ٣٤

إيضـــاح

المراد بسقوط خيار الشرط هنا : سقوطه بالنسبة للمتعاقدين معا ، سواء كانا أصليين أو وكيلين .

١ — إذا تلف المبيع بعد القبض سقط خيار المتعاقدين ، لأن التالف لايتأتى عليه الفسخ سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما .

٢ — وكذلك يثبت الخيار . إذا تلف المبيع قبل القبض، وكان مما يضمنه المشترى لما مضى من أن التالف لا يتأتى عليه الفسخ . أما إذا كان المبيع مما يضمنه المشترى فسيأتى حكمه مفصلا ، عندالتصرف فى المبيع .

٣ — إذا أتلف المشترى المبيع سقط الخيار ، سواء كان إتلاف المشترى له قبل القبض أو بعده ، لاستقرار الثمن بذلك الإتلاف فى ذمته .

٤ — إذا أذن أحد العاقدين للآخر فى التصرف سقط ، الخيار ، لأنه دليل الرضى بالبيع ، وكان إذنه إمضاء للبيع ، لأن الحق لهما لا يعدوهما .

* * *

مادة (٦٣) : يسقط خيار أحد المتعاقدين دون الآخر فى الأحوال الآتية :

١ — موت أحد العاقدين مسقط لخياره، فلا يورث عنه إلا إذا طالب به قبل موته.

٢ — إذا انصرف أحد العاقدين دون إذن الآخر.[1]

إيضاح

(١): من مات من العاقدين سقط خياره وحده، ولم يورث خياره، لأنه حق فسخ لايجوز الأعتياض عنه، فلم يورث كخيار الرجوع فى الهبة، الا إذا طالب مستحقه قبل موته، فينتقل الحق فيه إلى ورثته، كشفعة وحد قذف.

قال أحمد: الموت يبطل ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذى اشترط، لم تكن للورثة هذه الثلاثة أشياء. إنما هى بالطلب فإذا لم يطلب، فليس يجب، إلا أن يشهد أنى على حقى من كذا وكذا، وأنى قد طلبت. فإذا مات بعده كان لوارثه الطلب به، ولا يشترط ذلك فى إرث خيار آخر غير خيار الشرط.

أما إذا جن أحدهما أو أغمى عليه زمن الخيار، ففيها روايتان:

---

(١) كشاف القناع صفحة ٥٣، ٥٤. منتهى الارادات ص ٣٤.

أحداهما : انه يبقى على خياره ، حتى يفيق ، كما تقدم فى خيار المجلس .
والأخرى أن الخيار لوليه ، ويرد عليها : أن الرغبة فى المبيع لا تعلم إلا من قبل العاقد ، ويرد عليها أيضاً : أن المغمى عليه لا ولاية عليه .

٢ — إذ انصرف أحد العاقدين دون إذن الآخر ، سقط خيار المنصرف ، وإن لم ينفذ تصرفه ، لأن تصرفه دليل رضاه ، سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما وحده ، ولم يسقط خيار صاحبه ، لأنه لم يوجد فيه مايدل على الرضا . هذا مالم يكن التصرف لتجربة ونحوها ، فإن كان لتجربة المبيع كركوب الدابة ليعلم سيرها ، أو حلب الشاة ليعرف درها ، فلا يسقط الخيار بذلك ، لأنه المقصود بالبيع .

* * *

التصرف فى المبيع أو الثمن زمن خيار الشرط

مادة (٦٤) :

(ا) إذا كان الخيار للمتعاقدين ، فيحرم ولا ينفذ تصرف أحدهما ، فيما صار إليه زمن الخيار ، إلا بالعتق .

(ب) يصح تصرف من له الخيار وحده فيما صار إليه دون تصرف صاحبه .

(حـ) لا يصح تصرف أحد المتبايعين زمن الخيار فيما انتقل ملكه عنه ، ولو بالعتق سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما[1]

إيضاح

(ا) إذا كان الخيار للمتعاقدين ، فيحرم ولا ينفذ تصرف البائع فى الثمن الذى صار إليه ، وكذا تصرف المشترى فى المبيع زمن الخيار . لأن المبيع ليس ملكاً للبائع فيتصرف فيه ولم تنقطع علقته عنه فيتصرف فيه المشترى ، ومثله فى ذلك الثمن .

هذا إذا كان التصرف بغير إذن من الآخر ، فان كان بإذنه نفذ . ويستثنى من ذلك التصرف بالعتق فى زمن الخيار . كأن أعتق المشترى المبيع ،أو كان الثمن عبداً اعتقه البائع نفذ التصرف بالعتق لقوته وسريانه .

(ب) إذا كان الخيار لأحد العاقدين دون الآخر وتصرف من له الخيار فيما صار إليه من ثمن أو مثمن نفذ تصرفه ، لأن الخيار له . ولا ينفذ تصرف صاحبه فيما صار إليه ، لأن علقة الثانى لم تنقطع عنه .

(حـ) لا يصح تصرف البائع فى المبيع زمن الخيار ولو بالعتق ، لأن

(١) كشاف القناع صفحة ٥٢ ، ٥٣ ، منتهى الارادات صفحة ٣٣ .

الملك انتقل عنه فلا يكون تصرفه استرجاعا كمن وجد ماله عند من أفلس . وكذلك لايصح تصرف المشترى فى الثمن زمن الخيار ولو بالعتق لما تقدم فى المبيع ، إلا إذا أذن المشترى للبائع فى التصرف فى البيع ، وأذن البائع للمشترى فى التصرف فى الثمن فيصح ، ويكون إذن أحدهما للآخر توكيلا له فى التصرف ، لأن الوكالة تنعقد بكل ما أدى معناها .

* * *

مادة (٦٥) : ليس للبائع مطالبة المشترى بثمن فى ذمته مدة خيار المجلس ، أو الشرط . كما لا يملك كل من البائع والمشترى قبض المبيع أو الثمن المعينين زمن الخيار . إلا بإذن صريح ممن له الخيار .[1]

إيضاح

إذا كان البيع بيع خيار للعاقدين أو لأحدهما ، فليس للبائع مطالبة المشترى بثمن فى الذمة مدة الخيار ، سواء كان خيار مجلس أو خيار شرط . وكذلك لا يملك البائع قبض الثمن ، ولا يملك المشترى قبض المبيع المعين مدة الخيار ، إلا بإذن صريح من الآخر . لأن من له الخيار لم تنقطع علقته عن المبيع .

(١) كشاف القناع صفحة ٧٨ ، ٧٩ ، منتهى الارادات صفحة ٤٩ .

الثالث خيار الغبن

مادة (٦٦) : للمغبون من العاقدين غبنا يخرج عن العادة الخيار على التراخى بين رد ، أو إمساك بلا أرش ، وذلك فى صور ثلاث :

١ — إذا تلقى حاضر قادماً فباعه أو اشترى منه بغبن .

٢ — إذا زايد فى السلعة من لا يريد شراءها ليغر المشترى .

٣ — إذا كان المغبون جاهلا بقيمة المبيع ولا يحسن المماكسة[١] .

إيضاح

الثالث : من أقسام الخيار خيار الغبن، من غبنه إذا خدعه . لأن مبناه على أن يخدع احد المتعاقدين الآخر ، ولمن غبن منهما الخيار ، بين الرد أو الإمساك بلا أرش . لأن الشرع لم يجعله له ولم يفوت الغبن عليه جزء من مبيع يأخذ الأرش فى مقابله .

وقد روى عن ابن رجب (فى شرح الأربعين النووية) أنه يحط ماغبن فيه من الثمن ويرجع به إن كان دفعه .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٥٥ ، ٥٦ ، الشرح الكبير ص ٧٨ ، ٧٩ منتهى الارادات صفحة ٢٤ ، ٢٥ .

ويثبت خيار الغبن على التراضى ، لثبوته لدفع ضرر متحقق فلم يسقط بالتأخير بلارضا كالقصاص . وذلك إذا كان الغبن يخرج عن العادة ، لأنه لم يرد الشرع بتحديده فرجع فيه إلى العرف ، فان لم يخرج عن العادة فلاخيار ، لأنه يتسامح فيه . ويثبت خيار الغبن للعاقدين أصيلين أو وكيلين قبل إعلام موكليهما فى ثلاث صور .

الصورة الأولى :

لقادم من سفر تلقاه حاضر فباعه ، أو اشترى منه شيئاً قبل العلم بالسعر وغبنه ولو بلاقصد . لأنه شرع لإزالة ضررهم بالغبن ، ولا أثر للقصد فيه ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لاتلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار » وصح البيع مع النهى لأن النهى لايعود لمعنى فى البيع .

بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بالخيار . اشبه المصراة وهو المذهب . لأن الخيار لايكون إلافى عقد صحيح .

وروى عن أحمد (أن البيع باطل لظاهر النهى)

الصورة الثانية :

أن يزايد فى السلعة من لايريد شراءها ليغر المشترى ولو كانت المزايدة بلااتفاق مع البائع لماسبق فى الصورة الأولى فظاهر هذا أنه لابد أن يكون المزايد عالما بالقيمة والمشترى جاهلا بها فلو كان عالما واغتر بذلك فلا خيار له لعجلته وعدم تأمله . وهذا النوع يسمى النجش

وهو حرام لما روى عن ابن عمر أن ـ النبي صلى الله ـ عليه وسلم نهى عن النجش. ومنه أن يقول البائع: أعطيت فى السلعة كذا أو اشتريتها بكذا وهو كاذب. لتغريره بالمشترى، فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح، لأن النهى عاد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر فى البيع.

وروى عن أحمد أن البيع باطل لأن النهى يقتضى الفساد.

الصورة الثالثة.

إذا اشترى المسترسل وهو الجاهل بقيمة السلعة. ولا يحسن المماكسة فله الخيار إذا غبن لجهله بالبيع وتقبل دعوى جهله بالقيمة بيمينه. لأنه الأصل إن لم تكذبه قرينة.

وقال ابن نصر الله الأظهر احتياجه إلى بينة لأنه ليس مما تتعذر إقامة البينة به.

أما من له خبرة بسعر المبيع ويدخل على بصيرة بالغبن. ومن غبن لاستعجاله فى البيع ولو توقف ولم يتعجل لم يغبن فلا خيار لهما لعدم التغرير.

ومن قال عند العقد لاخلابة — أى لاخديعة — فله الخيار إذا غبن نصاً. لما روى أن رجلا ذكر للنبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه يخدع فى البيوع فقال له: «إذا تبايعت فقل: لاخلابة». متفق عليه.

وتلحق الإجارة بالبيع فى خيار الغبن لأنها بيع منفعة. وسيأتى تفصيل لذلك فى باب الإجارة.

مادة (٦٧) :

(ا) إذا تعيب المبيع عند المشترى المغبون لم يسقط الخيار. فإن رده رد معه أرش العيب الحادث عنده .

(ب) إذا تلف المبيع عند المشترى المغبون لم يسقط الخيار وعليه قيمته أو مثله للبائع .[١]

إيضاح

(ا) لايمنع الفسخ لغبن حدوث عيب بالمبيع عند المشترى . وعليه أرش العيب إذا رده كالمعيب قديماً إذا تعيب عنده ورده .

(ب) وكذلك لايمنع الفسخ أيضاً تلف المبيع عند المشترى وعليه قيمته لبائعه أن كان متقوما أو مثله إن كان مثليا . لأنه فوته عليه .

* * *

الرابع خيار التدليس

مادة (٦٨) :

(ا) إذا غيرت صفة المبيع بما يزيد ثمنه ولو من غير قصد

(١) منتهى الارادات صفحة ٣٥ .

دون علم المشترى ثبت الخيار له بين رد أو إمساك بلا أرش .

(ب) خيار التدليس على التراخى إلا إذا كان بتصرية فيثبت فى ثلاثة أيام من حين علمه بها . فإذا ردت المصراة رد معها صاع من تمر أو قيمته أو اللبن إن كان بحاله .[1]

إيضاح

القسم الرابع من أقسام الخيار خيار التدليس من الدلس بالتحريك وهو الظلمة . كأن البائع بفعله يجعل المشترى فى ظلمة بما يزيد فى الثمن . وهو حرام والعقد صحيح لحديث أبى هريرة مرفوعاً : « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » متفق عليه .

وغير التصرية من التدليس يلحق بها كتحسين وجه الصبرة وتصنع النساج وجه الثوب .

فإذا فعل بالمبيع شىء من ذلك ولو من غير قصد التدليس كان للمشترى الخيار على التراخى إن لم يكن عالماً به وقت العقد . فإذا كان عالمـا فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة ، وإنما لم يؤثر عدم القصد فى إثبات الخيار لأن عدم القصد لا أثر له فى إزالة ضرر المشترى .

فإذا كان التدليس بما لا يزيد فى الثمن فلا خيار لأنه لا ضرر فى ذلك

---

(١) كشاف القناع صفحة ٥٦ ، ٥٧ منتهى الإرادات صفحة ٣٦ .
الشرح الـكبير صفحة ٨١ .

فإذا اختار المشترى الإمساك فلا أرش له لأن النبى -صلى الله عليه وسلم- لم يجعل له فى المصراة أرشا . بل خيره بين الإمساك والرد مع صاع من تمر . ولأن المدلس ليس بعيب فلم يستحق له أرش .

فإن تعذر الرد لتلف المبيع فعليه الثمن ولا أرش له . أما تعيب المبيع عند المشترى قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش العيب الذى حدث عنده وأخذ الثمن . وإن شاء أمسك ولا شىء له .

فإن تصرف فى المبيع بعد علمه بالتدليس بطل الرد .

(ب) خيار التدليس على التراخى إلا إذا كان بتصرية المبيع . وهى جمع اللبن فى الضرع . فإذا كان التدليس بها ثبت الخيار للمشترى مدة ثلاثة أيام منذ علم بالتصرية . وخير بين إمساكها بلا أرش وبين ردها مع صاع تمر إذا حلبها . لقوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم .

فإذا مضت الثلاثة أيام ولم يردها بطل الخيار لانتهاء غايته ولزوم البيع . وكذا لو صار لبنها عادة . لأن الخيار مثبت لدفع الضرر وقد زال

وهذا الصاع الذى يرد معها هو عوض اللبن الموجود حال العقد . ولو زادت قيمته على اللبن لعموم الحديث . ولا يلزم أن يكون الصاع تمرا بل يكفى أن يكون من غالب قوت البلد . واختاره الشيخ تقى الدين . فان لم يجد فعليه قيمته موضع العقد . وإن كان اللبن باقياً بعد الحلب

بحاله لم يتغير بحموضه ولا بغيرها رده المشترى ولزم البائع قبوله . لأن اللبن هو الأصل والتمر بدل عنه . فإذا رد الأصل اجزأ كسائر الأصول مع مبدلاتها . أما إذا تغير اللبن فلا يلزم البائع بقبوله . فإن رضى بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً آخر وردها به لزمه رد اللبن إن بقى أو عوضه كما تقدم .

* * *

مادة (٦٩) : الخامس خيار العيب

(ا) من اشترى معيبا لا يعلم عيبه فله الخيار على التراخى بين الرد والإمساك مع أخذ أرش نقص العيب .

(ب) إذا اختار المشترى الرد أخذ الثمن كاملا ، ولو كان البائع قد وهبه له أو أبرأه منه وله نماؤه المنفصل وعليه مؤنة رده .

(جـ) يجوز للمتبايعين التراضى على إمساك المبيع المعيب بعوض .(١)

---

(١) كشاف القناع صفحة ٥٩ ، منتهى الارادات صفحة ٣٨ .

إيضاح

الخامس : من أقسام الخيار خيار العيب ، والعيب : نقيصة يقتضى العرف سلامة المبيع عنها غالبا ، فمن اشترى معيباً لم يعلم عيبه حال العقد ثم علمه فله الخيار بين رد المبيع استدراكا لما فاته ، وإزالة لما يلحقه من ضرر فى بقائه فى ملكه ناقصاً عن حقه . وعليه مؤنة رده إلى البائع لحديث : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ويأخذ ثمنه كاملا . لأن المشترى بالفسخ استحق استرجاع جميع الثمن حتى لو كان البائع قد وهب المشترى ثمن المبيع ، أو أبرأه منه كله أو بعضه فللمشترى الرجوع بكل الثمن ، كزوج طلق قبل دخول بعد أن أبرأته زوجته من الصداق ، أو وهبته له فإنه يرجع بنصفه .

كما أن للمشترى إمساك المبيع مع أخذ أرش العيب ، ولو لم يتعذر الرد . رضى البائع بدفع الأرش أو سخط ، لأن المتبايعين تراضيا على أن العوض فى مقابلة المعوض ، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببدله وهو الأرش ، سواء كان البائع عالما بالعيب قبل العقد وكتمه على المشترى أولا .

وخيار العيب على التراخى ، لأنه لدفع ضرر ، فلا يبطل بالتأخير كخيار القصاص .

وفى رواية أنه على الفور ، فمتى علم بالعيب وأخر الرد مع إمكانه بطل خياره ، لأنه يدل على الرضى كالتصرف .

ولا يفتقر الرد بالعيب إلى حضور بائع ولا رضاه ، وللمشترى كسب المبيع قبل الرد وله نماؤه المنفصل ، كالثمرة واللبن، والولد إذا كان ابتداء الحمل به فى ملك المشترى لحديث : « الخراج بالضمان » والمبيع مضمون على المشترى فنماؤه له . اما النماء المتصل كالسمن والحمل إذا كان موجوداً وقت العقد أو بعده . وردت قبل ولادته فيرد مع المبيع.

وإن رضى المشترى إسقاط حقه فى رد المبيع مقابل عوض يبذله له البائع أوغيره قليلا كان العوض أو كثيراً جاز ذلك . وليس هذا أرشا.

* * *

مادة (٧٠) : يسرى حكم المادة السابقة ٦٩ فى حالة ما إذا حدث العيب بالمبيع بعد العقد وقبل القبض وكان من ضمان البائع.[1]

إيضاح

إذا حدث عيب بالمبيع بعد العقد . وقبل القبض فيما هو من ضمان البائع ، بأن كان المبيع مكيلا أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً ثبت للمشترى الخيار ، كما لو كان العيب قديما .

* * *

---

(١) كشاف القناع ص ٥٩ ، منتهى الإرادات ص ٣٨

مادة (٧١) :

(ا) إذا كان البائع يجهل عيب المبيع ثم حدث به عيب آخر عند المشترى خير بين إمساكه وأخذ أرش العيب القديم ، وبين رده ومعه أرش العيب الحادث عنده .

(ب) إذا كان البائع عالماً بالعيب وكتمه ، ثم تعيب المبيع عند المشترى فله رده دون أرش العيب الحادث ، واسترجاع جميع الثمن وكذا لو تلف .(١)

إيضاح

(ا) إذا كان المبيع معيباً وكان البائع يجهل العيب ثم حدث به عيب آخر عند المشترى خير بين إمساك المبيع وأخذ أرش العيب الأول ، كما لو لم يتعيب عنده ، وبين الرد مع دفع أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن كاملا ، لما روى الخلال بإسناده عن ابن سيرين أن عثمان قال : فى رجل اشترى ثوباً ولبسه ثم اطلع على عيب «فيرده ومانقص» فأجاز الرد مع النقصان وعليه اعتمد الإمام .

والأرش هنا ما بين قيمته بالعيب الأول وقيمته بالعيبين .

(١) كشاف القناع صفحة ٦٢ ، ٦٣ ، منتهى الارادات صفحة ٤٠ .

(ب) إذا كان البائع عالماً بالعيب وكتمه على المشترى ، فللمشترى حينئذ رد المبيع بلا أرش للعيب الحادث عنده ، ويأخذ الثمن كاملا من البائع ، لأن البائع قد ورط المشترى وغره .

كما أن للمشترى أخذ جميع الثمن إذا تلف المبيع المعيب عنده ، وكان البائع عالماً بالعيب وكتمه . سواء كان التعيب أو التلف بفعل الله كالمرض ، أو بفعل المشترى ما هو مأذون فيه شرعا ، أو بفعل أجنبى وسواء كان التلف مذهباً لكل المبيع أو بعضه .

فإن زال العيب الحادث بعد رده إلى البائع لم يرجع المشترى عليه بما دفعه ، لأنه استقر عليه بالفسخ . بخلاف ما إذا أخذ المشترى أرش العيب من البائع ثم زال سريعا ، فإنه يرد الأرش لزوال نقص المبيع الذى وجب لأجله الأرش .

وفى رواية أن المبيع إذا تلف عند المشترى فعليه عوضه ، ولو كان البائع قد اخفى العيب عليه لقوله عليه السلام : « الخراج بالضمان » . فقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج له فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص او إجماع ، ولا نعلم لهذا أصلا .

* * *

مادة (٧٢) :

(ا) إذا أفضى أخذ أرش العيب إلى ربا فليس للمشترى إلا الإمساك مجانًا أو الرد .

(ب) إذا حدث بالمبيع المعيب الربوى عيب عند المشترى فسخ القاضى البيع ، ورد البائع الثمن ودفع المشترى قيمة المبيع بعيبه القديم .

(حـ) إذا تلف المبيع الربوى المعيب عند المشترى قبل علمه بالعيب ، أو بعده وعدم رضاه به فله فسخ العقد ، ورد بدل المعيب التالف مع استرجاع الثمن .(١)

إيضاح

(ا) إذا أدى أخذ الأرش بالعيب إلى ربا ، كأن اشترى حلى فضة بزنة دراهم أو قفيزا مما يجرى فيه الربا بمثله ثم وجده معيباً فله الرد أو الإمساك مجانا ، لأن أخذ الأرش يؤدى إلى ربا الفضل .

(ب) إذا حدث بالمبيع المعيب الربوى عيب عند المشترى فسخ الحاكم البيع إن لم يرض مشتر بإمساكه معيباً لتعذر الفسخ من كل من البائع والمشترى،

(١) كشاف القناع صفحة ٦٠ ، منتهى الارادات صفحة ٣٩ .

لأن الفسخ من أحدهما إنما هو استدراك ظلامته لكون الحق له وكل منهما هنا الحق له وعليه ، لأن البائع باع معيبا والمشترى حدث عنده العيب ، فكل إذا فسخ يفر مما عليه فلم يبق طريق إلى التوصل للحق إلا بفسخ الحاكم فيرد البائع الثمن ويطالب البائع مشتريا بقيمة المبيع معيباً بعيبه الأول ، لأن العيب لا يهمل بلا رضا ، ولا أخذ أرش ولم يرض مشتريا بامساكه مجانا ، ولا يمكنه أخذ أرش العيب الأول ، ولا رده مع أخذ أرش ما حدث عنده ، لإفضاء كل منهما إلى الربا ، فإن اختار المشترى إمساكه مجانا فلا فسخ .

(جـ) إذا تبين المشترى عيباً فى المبيع المعيب الربوى بعد تلفه عنده فسخ العقد لأنه وسيلة إلى إستدراك ظلامته ، ورد البائع الثمن ، وتبقى قيمة المبيع إن كان متقوما ، أو مثله إن كان مثليا فى ذمة المشترى لاستقرار الضمان عليه ، وليس له أخذ الأرش لئلا يفضى إلى الربا . كما تقدم .

* * *

مادة (٧٣) : لا يسقط خيار العيب فى الأحوال الآتية :

١ — إذا اشترط البائع براءته من كل عيب يظهر بالمبيع ، أو قال إن ظهر المبيع معيباً بكذا فأنا برىء .

٢ — إذا أبرأ المشترى البائع قبل العقد من كل عيب ، أو من عيب معين.[1]

إيضاح

١ — إذا اشترط البائع على المشترى البراءة من كل عيب يظهر بالمبيع او من عيب كذا إن كان فى المبيع لم يبرأ بائع بذلك . ولم يسقط خيار المشترى لما روى احمد : أن ابن عمر (باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب زيد به عيباً وأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان فقال عثمان لابن عمر: تحلف انك لم تعلم بهذا قال لا : فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم) وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكانت كالإجماع . ولأن خيار العيب يثبت بعد البيع فلا يسقط بإسقاطه قبله كالشفعة ، أما إن سمى البائع العيب للمشترى سقط خياره لدخوله على بصيرة وبرىء البائع .

٢ — لا يسقط الخيار إذا أبرأ المشترى البائع قبل العقد من كل عيب يظهر فى المبيع أو من عيب معين إذا ظهر لما تقدم من أن الخيار إنما يثبت بعد البيع . أما إذا أبرأ المشترى البائع من كل عيب ، أو من عيب معين بعد العقد برىء البائع وسقط خيار المشترى لإسقاطه بعد ثبوته له كالشفعة .

* * *

(١) كشاف القناع ص ٤٣ ، منتهى الارادات ص ٢٨ .

مادة (٧٤) :

(ا) إذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب ، أو بعضه بما ينقل ملكه ، أو يشغله بملكه ، أو يذهب عينه قبل علمه بالعيب تعين الأرش ، ويقبل قول المشترى فى قيمته .

(ب) إذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب قبل علمه بالعيب ثم رد عليه فله رده أو إمساكه مع الأرش .

(حـ) إذا باع المشترى المبيع المعيب قبل علمه بالعيب إلى من اشتراه منه رده الثانى على المشترى الأول وكان لهذا رده على البائع عند اختلاف الثمن .

(ء) إذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب كله أو بعضه بعد علمه بعيبه مما يدل على رضاه به سقط خياره .[1]

إيضاح

(ا) إذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب قبل أن يعلم عيبه بما ينقل ملكه ، كبيع أو هبة أو وقف او بما يذهب عينه كأكله أو تلفه تعين

(١) كشاف القناع ص ٦٣ ، ٦٤ ، منتهى الإرادات ص ٤١ ، ٤٢

الأرش وسقط الرد لتعذره ، ويقبل قول المشترى فى قيمته حينئذ ، ويكون الأرش ملكا له لأنه فى مقابلة الجزء الفائت من المبيع وكذا إذا باع بعضه فليس له إلا الأرش لتضرر البائع برد الباقى إليه . وكذا إذا تصرف بما يشغل المبيع بملكه كأن نسج الصوف أو صبغه فليس له الرد لما فيه من سوء المشاركة ، ويقبل قول المشترى أن تصرفه فى المبيع حدث قبل علمه بالعيب وفى القدر المعيب .

(ب) إذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب قبل علمه بالعيب بما ينقل الملك ثم رد عليه فله رده على بائعه أو أخذ أرشه ولا يكون التصرف مانعاً من ذلك لعوده لملكه بالرد عليه .

(حـ) إذا باع المشترى المبيع المعيب قبل علمه بالعيب إلى من اشتراه منه وهو بائعه الأول ، كان للمشترى الثانى رده على المشترى الأول ، وكان لهذا رده على البائع الأول لوجود مقتضى الرد وهو العيب . وفائدته تظهر عند اختلاف الثمنين إذا اختار الرد أو الأرش لما تقدم من أن الأرش قسط ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً من ثمنه ويفهم منه أنه لا رد عند اتفاق الثمنين .

(ى) إذا تصرف المشترى فى المبيع المعيب كله أو بعضه بعد علمه بالعيب بما يدل على الرضى ، كسوم وإيجار واستعمال لغير تجربة ولم يختر الإمساك مع الأرش قبل تصرفه سقط خياره ، لأنه رضى بالمبيع ناقصاً فسقط حقه من الأرش :

وفى رواية أن له الأرش كما لو اختار إمساكه قبل تصرفه . قال فى الرعاية الكبرى والفروع وهو أظهر ، لأنه وإن دل على الرضا فع الأرش كامساكه .

* * *

مادة (٧٥) :

(ا) من اشترى ما مأكوله فى جوفه وكسره فوجده فاسداً ولا قيمة لمكسوره رجع بكل الثمن إن كان الفساد فى الكل أو بقسط الفاسد إن كان الفساد فى البعض .

(ب) وإذا كان لمكسوره قيمة خير بين الإمساك مع الأرش، أو الرد مع ما نقص بكسره . فإن تلف المبيع تعين الأرش للمشترى .(١)

إيضاح

ا) إذا بيع ما مأكوله فى جوفه ، كبيض دجاج وبطيخ لا قيمة لمكسوره فكسره المشترى فوجده فاسداً رجع بالثمن كله لأنا تبينا

---

(١) كشاف القناع ص ٦٤ ، ٦٥ ، منتهى الارادات ص ٤٠ ، ٤١ .

فساد العقد من اصله لكونه وقع على ما لا نفع فيه ، كبيع الحشرات وليس على المشترى رد المبيع الفاسد إلى البائع لأنه لا فائدة فيه.

فاذا كان الفساد فى بعضه رجع بقسطه من الثمن فان كان الفاسد النصف رجع بنصفه الثمن وهكذا.

(ب) إذا بيع ما مأكوله فى جوفه وكان لمكسوره قيمة ، كبيض نعام وجوز هند ، وكسره المشترى فوجده فاسدا ، خير بين الإمساك مع أخذ الأرش والرد مع ما نقص بكسره عنده ولو كان الكسر بقدر الاستعلام ، لأنه عيب حدث عنده ، فإن كسره المشترى بطريقة لاتبقى على قيمته تعين الأرش وسقط الرد ، لتعذره بإتلاف المبيع.

* * *

مادة (٧٦) :

(ا) إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيبا ورضى أحدهما بالعيب فللآخر الفسخ فى نصيبه.

(ب) إذا ورث اثنان خيار عيب وأسقط أحدهما حقه سقط حق الآخر.

(حـ) إذا اشترى واحد شيئاً من شخصين فوجده معيباً فله رده عليهما، أورد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر (١)

---

(٢) كشاف القناع ص ٦٥، ٦٦، منتهى الارادات ص ٤١ . الشرح ٩٦ جـ ٤

إيضـــاح

(ا) إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً ورضى أحدهما بالعيب فللآخر رد نصيبه لأن نصيبه جميع ماملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب كخيار الشرط ، ولأنه إذا قال بائع يخاطب اثنين : بعتكما هذا بكذا وقال أحدهما : قبلت ، جاز ذلك وصح العقد فى نصف المبيع بنصف الثمن ، على مامر من أن عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين فكأنه خاطب كل واحد منهما على حدة .

(ب) أما إذا بيع شىء لواحد فوجده معيباً . ثم مات المشترى وورثه اثنان أو أكثر وأسقط أحد الورثة حقه فى الرد سقط حق الجميع ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة واحدة ، فإذا رد واحد من الورثة نصيبه رده مشتركا مشخصاً فلم يكن له ذلك بخلاف الصورة التى قبلها فإن العقد تعدد بتعدد العاقد .

(حـ) إذا اشترى واحد شيئاً من شخصين فوجده معيباً فله رده عليهما ، أو رد نصيب أحدهما إليه وإمساك نصيب الآخر ، لأن عقد الواحد مع اثنين عقدان ، فكأن كل واحد منهما باع نصيبه منفرداً . فإذا كان أحدهما غائباً والآخر حاضراً رد المشترى على الحاضر منهما حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب فى يده حتى يقدم فيرده عليه . ويصح الفسخ فى غيبته .

وكذا الحكم فيما إذا كان أحد البائعين باع العين بوكالة الآخر سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل، لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل دون الوكيل.

* * *

مادة (٧٧) :

(ا) من اشترى معيبين أو معيباً فى وعاءين صفقه واحدة فليس له إلا ردهما معا ، أو إمسا كهما معا مع الأرش .

(ب) إذا تلف أحد المعيبين فله رد الباقى بقسطه من الثمن والقول قول المشترى فى قيمة التالف .

(ج) إذا وجد أحد المبيعين معيباً فله رده بقسطه وليس له رد السليم ما لم يكن التفريق منقصاً للقيمة وحينئذ فليس له إلا ردهما معاً أو إمسا كهما معاً .(١)

إيضاح

(ا) من اشترى مبيعين من واحد صفقة ، أو اشترى معيباً فى وعاءين لم يملك رد أحد المبيعين ، أو ما فى أحد الوعاءين لأنه تفريق للصفقة مع إمكان عدمه . أشبه رد بعض المعيب . فإذا اختار إمسا كهما فله الأرش .

---

(١) كشاف القناع ص ٦٦ ، منتهى الإرادات ص ٤١ الشرح ص ٩٧ .

(ب) إذا تلف أحد المعيبين فله رد الباقي بقسطه من الثمن لتعذر رد التالف، ولأنه لا ضرر فيه على البائع كرد الجميع . ويقبل قول المشترى فى قيمة التالف بيمينه لاحتمال صدق البائع . ويوزع الثمن عليهما لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته .

(ح) إذا وجد أحد المبيعين أو ما فى أحد الوعاءين معيباً دون الآخر فللمشترى رد المعيب بقسطه من الثمن ، لأنه رد للمبيع المعيب بدون ضرر على البائع كما سبق . وليس المشترى رد السليم لعدم عيبه إلا إذا كان التفريق ينقص قيمة السليم . كمصراعى باب وزوجى خف فليس له إلا ردهما معاً أو إمساكهما معاً لتلافى الضرر .

* * *

مادة (٧٨) : إذا اختلف المتعاقدان فيمن حدث العيب عنده فإن كان لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بلا يمين . وإن احتمل قول كل منهما ، فالقول قول المشترى . [١]

إيضاح

إذا اختلف المتعاقدان عند من حدث العيب وكان لا يحتمل إلا قول أحدهما كالأصبع الزائدة والشجة المندملة التى لا يمكن حدوث مثلها عند المشترى فالقول قول مشتر بلا يمين لعدم الحاجة إليه . وكالجرح

---

(١) كشاف القناع ص ٦٦، ٦٧ منتهى الارادات ص ٤٢، ٤٣ الشرح ص ٩٨.

الطرى الذى لا يحتمل كونه قديماً فالقول قول البائع بلا يمين أيضاً لأنه لا يحتمل إلا قوله .

أما إذا كان العيب مما يحتمل حدوثه عند كل منهما ، كخرق الثوب ونحوها ، فالقول قول مشتر بيمينه حيث لا بينة لواحد منهما لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت فكان القول قول من ينفيه بيمينه لاحتمال صدق البائع ، فيحلف المشترى بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب ، أو أن العيب ما حدث عنده . وللمشترى رد المبيع الذى اختلف فى حدوث العيب به .

هذا إذا لم يخرج المبيع عن يدالمشترى إلى يدغيره بحيث لا يشاهده فإن خرج عن يده بحيث لا يشاهده فليس له رد ولا حلف ، لأنه إذا غاب عنه احتمل حدوثه عند من انتقل إليه ، فلم يجز له الحلف على البت فلم يجز له الرد .

وفى رواية : القول قول البائع مع يمينه ، لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد : ولأن المشترى يدعى عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر بيمينه .

* * *

مادة (٧٩) :

(١) إذا رد المشترى السلعة لعيب فأنكر البائع أنها سلعته ، فالقول قول البائع مع يمينه .

(ب) إذا رد البائع الثمن وكان عيناً فأنكره المشترى فالقول قول المشترى مع يمينه.

(ﺟ) من قبض شيئاً كان فى ذمة غيره من ثمن أو مثمن فوجده معيباً فرده وأنكر المقبوض منه، فالقول قول القابض بيمينه.(1)

إيضاح

(أ) إذا رد المشترى المبيع لعيب فأنكر البائع أنه المبيع، فالقول قول البائع بيمينه لأنه ينكر كون هذا سلعته، وينكر استحقاق الفسخ، والقول قول المنكر بيمينه.

(ب) إذا رد البائع الثمن وكان عينا، فأنكر المشترى أنه العين المردودة فالقول قول المشترى، لما تقدم فى الصورة السابقة.

(ح) يقبل قول القابض بيمينه من بائع وغيره لما فى الذمة من ثمن مبيع وقرض وسلم وأجرة وقيمة متلف إذا أراد رده بعيب وأنكره المقبوض منه، لأن الأصل بقاء شغل الذمة. هذا إذا لم يخرج المقبوض من يد القابض فإن خرج من يده وغاب عنه فلا يملك رده كما تقدم.

* * *

(1) كشاف القناع ص ٦٧، منتهى الارادات ص ٤٢، ٤٣.

مادة (٨٠) :

(١) إذا كان البائع وكيلا فللمشترى رد المبيع المعيب على الوكيل دون الموكل .

(ب) إذا كان العيب مما يمكن حدوثه بعد العقد فأقر به الوكيل وأنكره الموكل التزم الوكيل بإقراره ولم يملك رد المبيع على الأصيل .

(ج) إذا أنكر الوكيل العيب ونكل عن اليمين الموجهة إليه من المشترى ورد عليه بنكوله لم يملك رد المبيع على الأصيل .(١)

إيضاح

(١) إذا كان البائع وكيلا فللمشترى رد المبيع إذا ظهر معيباً على الوكيل لا على الموكل لأن حقوق العقد متعلقة بالوكيل .

وفى رواية : أن له رده على الموكل لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له .

(ب) إذا كان العيب مما يمكن حدوثه بعد العقد ، فأقر به الوكيل

---

(١) كشاف القناع ص ٦٦ ، الشرح الكبير ٩٨ .

وأنكره الموكل لم يقبل إقراره على موكله لأنه لم يوكله فى الإقرار بالعيب فكما لو أقر على أجنبي .

وفى رواية يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه امر يستحق به الرد فقبل إقراره به على موكله كخيار الشرط . وقال صاحب الشرح الكبير قال شيخنا : الأول هو الأصح ، لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي . وفارق خيار الشرط من حيث أن الموكل يعرف صفة سلعته ولا يعرف صفة العقد لغيبته عنه .

(حـ) إذا أنكر الوكيل العيب فتوجهت إليه اليمين فنكل فرده المشترى عليه بنكوله لم يملك الوكيل رده على موكله ، لأنه غير معترف بعيبه .

فى رواية . له رده على الموكل ، لأنه رجع إليه بغير رضاه أشبه ما لو قامت به بينة .

هذا إذا قلنا إن القول قول البائع .

والمذهب ان القول قول المشترى كما تقدم فى المادة السابقة ، فيحلف المشترى ويرده على الموكل .

* * *

مادة (٨١) :

(ا) إذا اختلف المتبايعان أو ورثتهما فى قدر الثمن ،

أو فى جنسه ، ولا بينة لأحدهما ثبت لهما الخيار بعد أن يتحالفا

(ب) إذا رضى أحد العاقدين بعد أن تحالفا بقول الآخر لزم العقد ، وكذا إذا نكل أحدهما .

إيضاح

القسم السادس :

(ا) من أقسام الخيار خيار يثبت لاختلاف المتبايعين أو ورثتهما واختلاف احد المتبايعين وورثة الآخر فى قدر الثمن ، بأن قال البائع أو وارثه الثمن مائة فقال : المشترى او وارثه بل تسعون ولم يكن لأحدهما بينة ، أو كان لكل منهما بينة بما ادعاه وتساقطتا لتعارضهما ، وكذا إذا اختلفا فى جنس الثمن ، بأن قال احدهما أنه عقد بنقد وقال الآخر بل بعرض ، او قال أحدهما أنه عقد بذهب وقال الآخر بل بفضة فإذا اختلفا فى القدر او فى الجنس على هذا النحو تحالفا . لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه صورة وكذا حكما لسماع بينتهما ، فإن كان الخلاف بين المتبايعين ، حلف البائع اولا ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا ، ثم حلف مشتر ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا ، لأن كلا منهما مدع ومنكر فلم تتوجه اليمين إلى احدهما وحده .

فإذا تحالفا كان لكل منهما الخيار . ولا ينفسخ العقد بنفس التحالف

لأنه عقد صحيح فلا ينفسخ باختلافهما وتعارضهما فى الحجة . كما لو أقاما بينة . بل لا بد من تصريح أحدهما بالفسخ .

أما إذا كان الخلاف بين أحد العاقدين وورثة الآخر . أو بين ورثتهما قبل أن يتحالف العاقدان وأراد الورثة التحالف . فإن كان الوارث حضر العقد وعلمه حلف على البت . لأنه الأصل فى الأيمان . أما إن كان الوارث لا يعلم قدر الثمن سواء حضر العقد أولا : حلف على نفى العلم لأنه على فعل الغير . فإن فعلا ذلك كان لكل منهما الفسخ .

(ب) إذا رضى أحد العاقدين بعد التحالف بقول صاحبه : أقر العقد ، لأن من رضى بقول صاحبه : فقد حصل له ما ادعاه فلم يملك خيارا ، وكذا إذا رضى ورثتهما أو رضى بعض الورثة ولم يرض الباقون . لأن إسقاط أحد الورثة لخياره إسقاط لخيار الباقين كما مر فى خيار العيب .

وإن نكل أحد العاقدين عن اليمين سقط خياره ولزم العقد بقول صاحبه ، وكذا إذا نكل أحد الورثة . لأن الورثة يقومون مقامهما فى أخذ مالهما وإرث حقوقهما . فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما . ولأنها يمين فى المال فقام الوارث فيها مقام المورث كاليمين فى الدعوى .

* * *

اختلاف بين العاقدين لايوجب خيارًا

مادة (٨٢) :

١ — إذا اختلف المتبايعان فى قدر المبيع ، أو فى عينه فالقول قول البائع بيمينه .

٢ — إذا اختلف المتبايعان فى صفة الثمن المسمى فى العقد أخذ نقد البلد ، فإن تعدد النقد أخذ غالبه رواجا ، فإذا استوت النقود فى الرواج أخذ الوسط .[1]

إيضاح

(١) إذا اختلف المتبايعان فى قدر المبيع،فقال المشترى مثلا : بعتنى هذين القفيزين بثمن واحد ، فقال البائع : بل بعتك احدهما وحده ، فالقول قول البائع . لأنه منكر للبيع فى الثانى والأصل عدمه والبيع يتعدد بتعدد المبيع ، فالمدعى شراء عينين يدعى عقدين أنكر البائع أحدهما بخلاف الاختلاف فى الثمن .

وكذا إذا اختلفا فى عين المبيع فقال المشترى بعتنى هـذه الدابة ،

(١) كشاف القناع ص١٦ ، ٧٦ ، ٧٨ منتهى الارادات ص ٤٦ ، ٤٨ .

بل بعتك هذه فالقول قول البائع أيضاً بيمينه ، لأنه غارم . وورثة كل منهما بمنزلته فيما تقدم .

(ب) إذا اختلف المتبايعان فى صفة ثمن اتفقا على تسميته فى العقد أخذ نقد البلد التى وقع فيها العقد إن لم يكن بها إلا نقد واحد وادعاه أحدهما ، فيقضى له به عملا بالقرينة ، فإن كان فى البلد نقود اختلفت رواجا أخذ غالبها رواجا ، لأن الظاهر وقوع العقد به لغلبته ، فإذا استوت النقود فى الرواج أخذ الوسط تسوية بين حقيهما ، لأن العدول عنه ميل على أحدهما وعلى مدعى نقد البلد أو غالبه رواجا او الوسط اليمين .

* * *

مادة (٨٣) :

١ — إذا فسخ العقد بعد قبض الثمن ، واختلف المتبايعان فى قدره ، فالقول قول البائع بيمينه .

٢ — إذا تلف المبيع واختلف المتبايعان فى قدر الثمن قبل قبضه ، تحالفا وفسخ العقد . ويلزم المشترى قيمة المبيع أو مثله والقول قوله فى قدره وقيمته وصفته .[١]

---

(١) كشاف القناع ص ٧٦ — ٧٨ ، منتهى الارادات ٤٦ — ٤٨ . الشرح الكبير ص ١١١

إيضاح

١ — إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن بعد قبضه وفسخ العقد بإقالة أو رد بعيب أو نحوه ، فالقول قول البائع بيمينه ، لأن البائع منكر لما يدعيه المشترى بعد انفساخ العقد ، فأشبه مالو اختلفا فى القبض .

٢ — إذا تلف المبيع وتحالف المتبايعان لاختلافهما فى قدر الثمن وفسخ العقد رجعاً إلى قيمة المبيع إن كان متقوماً ، أو إلى مثله إن كان مثلياً لتعذر رد العين . فيأخذ المشترى من البائع الثمن إن كان قد أقبضه له ، ويأخذ البائع من المشترى القيمة أو المثل لأنه فوت عليه المبيع . فإن ساوى الثمن القيمة تقاصا وتساقطا ، لأنه لا فائدة فى أخذه ثم رده . فإن كان أحدهما اقل وهما من جنس واحد سقط الأقل . ومثله من من الأكثر ويبقى الزائد يطالب به صاحبه ، ويقبل قول المشترى فى قيمة السلعة التالفة بعد التناسخ وفى صفتها وقدرها لأنه غارم ..

* * *

مادة (٨٤) : إذا كان الثمن عينا وتنازع البائعان فى أيهما يسلم ما تحت يده قبل الآخر ، نصب الحاكم من يقبض منهما ويسلم المبيع ثم يسلم الثمن .

إيضـــاح

إذا كان الثمن عيناً أى معيناً من نقد أو عرض وقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشترى لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع نصب الحاكم بينهما عدلا يقبض منهما ، ثم يسلم إليهما قطعاً للنزاع لأنهما استويا فى تعلق حقهما بين الثمن والمثمن . ويقوم . العدل بتسليم المبيع أولا ، ثم الثمن لجريان العادة بذلك ولأن قبض المبيع من تتمات البيع فى بعض الصور واستحقاق الثمن مرتب على تمام البيع .

وعن أحمد مايدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا (١).

* * *

مادة (٨٥) :

(ا) إذا كان الثمن ديناً أجبر البائع على تسليم المبيع .

(ب) إذا كان الثمن حالا أجبر المشترى على دفعه إن كان معه ، فإن لم يكن معه وكان بالبلد أو خارجه دون مسافة قصر حجر الحاكم على المشترى فى التصرف حتى يحضر الثمن ،

---

(١) كشاف القناع ص ٧٧ ، منتهى الارادات ص ٤٨ ، الشرح الكبير صفحة ١١٣ .

أما إذا كان الثمن ببلد على مسافة قصر أو ظهر عسر المشترى فللبائع الفسخ فى الحال .

إيضاح

(أ) إذا كان الثمن ديناً فليس للبائع الامتناع عن تسليم المبيع سواء كان الدين حالا أو مؤجلا ، لأن حق المشترى تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة فوجب تقديم ما تعلق بالعين كحق المرتهن على سائر الغرماء ، فان كان الدين مؤجلا فلا يطالب به حتى يحل أجله .

(ب) إذا كان الثمن حالا أجبر المشترى على دفعه إن كان معه ، لأنه غنى ومطله ظلم . وإن لم يكن معه وكان فى البلد أو خارجها دون مسافة قصر حجر الحاكم على المشترى فى التصرف فى المبيع وفى بقية ماله حتى يحضر الثمن كله ويسلمه للبائع وذلك لئلا يتصرف فى ماله تصرفاً يضر البائع .

أما إذا كان الثمن ببلد على مسافة قصر فصاعداً أو ظهر عسر المشترى فللبائع الفسخ فى الحال لأن فى التأخير ضرراً عليه .

* * *

---

(١) كشاف القناع صفحة ٧٨ ، منتهى صفحة ٤٩ .

مادة (٨٦) :

(ا) للبائع فسخ العقد إذا أعسر المشترى ولو ببعض الثمن

(ب) إذا ماطل المشترى الموسر فى دفع الثمن ، حجر عليه الحاكم وليس للبائع الفسخ .

(حـ) للمشترى الفسخ إذا تعذر على البائع تسليم المبيع [١] .

إيضاح

١ — إذا أعسر المشترى ولو ببعض الثمن فللبائع الفسخ فى الحال، لأن فى التأخير ضررا عليه ، وله الرجوع فى عين ماله بعد الفسخ ، كما إذا باع لمفلس جاهل بالحجر عليه ومعنى أن له الفسخ فى الحال أنه لا يلزمه انتظار ثلاثة أيام لا أن الفسخ يكون فوراً . بل هو على التراخى كخيار العيب لأنه استدراك ظلامة .

(ب) إذا كان المشترى موسراً مماطلا فليس للبائع الفسخ ، لأن ضرره يزول بحجر الحاكم عليه ووفائه من ماله .

وفى رواية أن له الفسخ إذا كان المشترى مماطلا دفعاً لضرر المخاصمة ، قال فى الأنصاف وهو الصواب . خصوصاً فى زماننا هذا .

(حـ) إذا عجز البائع عن تسليم المبيع فللمشترى الفسخ .

(١) كشاف القناع صفحة ٧٨ ، منتهى الارادات صفحة ٤٩ .

كل موضع قلنا له الفسخ فانه ينفسخ بلا حكم حاكم ، وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلى الحاكم لأنه يحتاج لنظر واجتهاد ..

* * *

مادة (٨٧) : إذا كان المشترى معسراً وهرب قبل دفع الثمن فللبائع الفسخ . فإن كان موسراً قضى الحاكم الثمن من ماله إن وجد ، وإلا باع المبيع وقضى الثمن مع حفظ ما يتبقى منه . فإن لم تكف حصيلة المبيع كان المشترى مديناً بالباقى[١] .

إيضاح

إذا هرب المشترى قبل دفع الثمن وهو معسر بالثمن أو بعضه فللبائع الفسخ فى الحال ، كما لو لم يهرب . أما إذا كان موسراً وهرب قبل دفع الثمن قضاه الحاكم من ماله إن وجد ، وإلا باع المبيع وقضى ثمنه وحفظ الباقى . لأن للحاكم ولاية مال الغائب فان لم يكف الثمن فالباقى فى ذمة المشترى الهارب .

* * *

---

(١) كشاف صفحة ٧٨ .

مادة (٨٨) : إذا أحضر المشترى بعض الثمن فلا يملك أخذ ما يقابله من المبيع إن نقص بتجزئة[١] .

إيضاح

إذا أحضر المشترى بعض الثمن فليس له أخذ ما يقابله من المبيع إذا كان المبيع ينقص بتجزئة ، كمصراعى باب . هذا إذا قلنا إن للبائع حبس المبيع على ثمنه لئلا يتصرف فيه ولا يقدر على باقى الثمن فيتضرر البائع بنقص ما بقى بيده من المبيع . وإن قلنا بأن البائع ليس له حبس المبيع على ثمنه فللمشترى أخذ المبيع :

* * *

التصرف فى المبيع قبل القبض

وما يحصل به قبضه والاقالة

مادة (٨٩) : ما يحصل به قبض المبيع .

يحصل قبض ما بيع بكيل أو وزن أو عد أو ذرع بذلك

---

(١) منتهى صفحة ٤٩ .

مع حضور المستحق أو نائبه ، ويحصل قبض ما ينقل بنقله وما يتناول بتناوله وفى غير ما سبق بتخلية بين المبيع وبين المشترى بلا حائل[1] .

إيضاح

يحصل قبض ما بيع بكيل أو وزن أعد أو ذرع بذلك ، بشرط حضور مستحق أو نائبه لقيامه مقامه ، ولا يشترط نقله لما روى عثمان مرفوعاً (إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكتل) رواه أحمد .

ويحصل قبض ما ينقل كصبرة بيعت جزافاً بنقل وفى حيوان بتمشيته ، وفيما يتناول كدنانير ودراهم وكتب بتناول باليد . وفى غير المذكور كأرض وبناء وشجر بتخلية بائع بينه وبين مشتر بلا حائل . بان يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها ولو كان بالدار متاع للبائع لأن القبض مطلق فى الشرع فيرجع فيه إلى العرف كالحرز والتفرق ، والعرف فى ذلك ماسبق .

. . .

(١) كشاف القناع صفحة ٨٣،٨٤، منتهى الارادات صفحة ٥٢ ، ٥٣ .

مادة (٩٠) :

إذا ادعى القابض نقصان ما اكتاله أو اتزنه أو عده أو ذرعه ، أو ادعى أنهما غلطا فيه ، أو ادعى البائع زيادة فى المقبوض لم يقبل قولهما [١].

إيضاح

إذا ادعى القابض بعد القبض نقصان ما اكتاله أو اتزنه أو عده أو ذرعه أو ادعى أنهما غلطا فيه ، أو ادعى البائع زيادة فى المقبوض لم يقبل ادعاء كل منهما لأن الظاهر خلافه .

• • •

مادة (٩١) :

(ا) أجرة الكيال والعداد والوزان والذراع والنقاد على الباذل ، وأجرة نقل المبيع على المشترى ، وأجرة الدلال على حسب ما اشترطا وإلا فعلى البائع .

(ب) لا يضمن ناقد حاذق أمين خطأ ، ولو كان بأجرة [٢].

---

(١) كشاف القناع ٨٣ ، ٨٤ ، منتهى الارادات صفحة ٥٢ ، ٥٣ .
(٢) كشاف القناع صفحة ٨٣ ، ٨٤ ، منتهى الارادات ٥٢ ، ٥٣ .

إيضـــاح

(ا) مؤنة توفية المبيع والثمن من أجرة كيل أو وزن أو عد أو ذرع أو نقد ونحو ذلك كتصفية مايحتاج إليها على باذله من بائع أو مشتر . لأن توفيته واجبة عليه ، فوجب عليه مؤنة ذلك كما أن على بائع الثمرة سقيها . والمراد بالنقاد الذى تجب أجرته على الباذل نقاد الثمن قبل قبض البائع له لأن عليه تسليم الثمن صحيحاً .

أما أجرة النقد بعد قبض البائع للثمن فهى عليه لأنه ملكه بقبضه فعليه أن يتبين أنه معيب فيرده . ولا غرض للمشترى فى ذلك .

وأجرة نقل منقول على مشتر لأن التسليم قد تم . وأجرة دلال على بائع إلا مع شرط .

(ب) لايضمن ناقد حاذق أمين خطا ، متبرعاً كان أو بأجرة . فان لم يكن حاذقاً أميناً ضمن .

* * *

مادة (٩٢) :

(ا) إذا كان المبيع مما ينقل وكان مشاعاً فلا يصح قبضه إلا بإذن الشريك ، فإن أبى الشريك الإذن للبائع فى تسليم المبيع طلب من المشترى توكيل الشريك فى قبضه . فإن أبى

المشترى أن يوكله أو أبى الشريك أن يتوكل نصب الحاكم من يقبض.

(ب) إذا سلم البائع المبيع المشاع دون إذن الشريك، فالبائع غاصب فإن كان المشترى عالماً بذلك فالضمان عليه وإلا فعلى البائع(١).

إيضاح

إذا كان المبيع مما ينقل وكان مشاعاً كنصف فرس مثلا فيشترط فى القبض إذن الشريك. لأنه لا يمكن قبض البعض إلا بقبض الكل. فيسلم البائع الكل باذن شريكه إلى المشترى ويكون سهمه فى يد القابض أمانة، فان أبى الشريك الإذن للبائع فى تسليم الكل للمشترى، قيل للمشترى وكل الشريك فى القبض ليصل إلى مقصوده من قبض المبيع، فان أبى المشترى ان يوكله، أو أبى الشريك أن يتوكل نصب حاكم من يقبض المبيع.

(ب) إذا سلم البائع المبيع بعضه بلا إذن الشريك، فالبائع غاصب لنصيب شريكه لتعديه عليه بتسليمه بلا إذن. فان تلف ضمنه المشترى إن كان عالماً أن له فيه شريكا لم يأذن، وإن لم يكن يعلم ذلك، أو لا يعلم وجوب الإذن فقرار الضمان على بائع لتغريره المشترى.

* * *

(١) كشاف القناع صفحة ٨٤، ٨٥، منتهى الارادات صفحة ٥٤.

مادة (٩٣) : إتلاف المشترى للمبيع ولو من غير عمد قبض له[١] .

إيضاح

إذا أتلف المشترى المبيع ولو من غير قصد اعتبر ذلك قبضاً له ولو كان المبيع من ضمان البائع . وذلك لأن إتلاف المشترى للمبيع يستقر به الثمن عليه .

* * *

مادة (٩٤) : إذا كان المبيع لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض فلا يعتبر غصبه إياه قبضاً له ، وكذلك غصب البائع الثمن غير المعين[٢] .

إيضاح

إذا كان المبيع لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بالقبض ، كأن كان مكيلا أو موزوناً أو نحوهما وغصبه المشترى فلا يعتبر غصبه إياه قبضاً . وكذلك إذا كان الثمن غير معين وغصبه البائع فلا يعتبر ايضاً

---

(١) كشاف القناع صفحة ٨١ .

(٢) كشاف القناع صفحة ٨١ ، ٨٤ ، منتهى الارادات صفحة ٥٣ .

قبضا له ، إلا مع المقاصة بان أتلفه أو تلف فى يده وكان موافقاً لما له على المشترى نوعاً وقدراً فيتساقطان ، وكذا إن رضى مشتر بجعله عوضا عما عليه من الثمن .

* * *

مادة (٩٥) يصح للمدين أن يوكل فى استيفاء دينه مما تحت يده للمدين إذا كان من جنس دينه[١] .

إيضاح

يصح للمدين أن يوكل دائنه فى استيفاء دينه مما تحت يده للمدين ، إذا كان الدين من جنس ماتحت يده للمدين ، كأن يكون لمدين وديعة عند رب الدين من جنسه فيوكله فى أخذ حقه منها ، أو يدفع لرب الدين شيئا ويقول له بعه واستوف حقك من ثمنه ، لأنه يصح أن يوكله فى البيع من نفسه فصح أن يوكله فى القبض منها ، إلا إذا كان الدين الذى للوكيل من غير جنس المال الذى تحت يد الوكيل للموكل . بان كان الدين دنانير والوديعة دراهم فلا يأخذ منها عوض الدنانير لأنه معاوضة يحتاج إلى عقد ولم يوجد .

* * *

(١) كشاف القناع صفحة ٨١ و ٨٤ منتهى الارادات صفحة ٥٣ .

مادة (٩٦) : يصح لمن عليه الحق أن يفوض صاحبه في قبضه ثم إن وجد المستحق المقبوض زائدا زيادة لا يتغابن بها لزمه الأخبار بذلك ولا يجب عليه الرد بلا طلب.[1]

إيضاح

يصح لمن عليه الحق أن يفوض صاحب الحق في قبضه بان يقول من عليه حق لربه اكتله من هذه الصبرة . فان وجد القابض المقبوض زائداً قدراً لا يتغابن به عادة لزمه الإخبار بذلك ولا يجب عليه رد لزائد بلا طلب ، بخلاف ما إذا كانت الزيادة يتغابن بها فإنه لا يلزمه الإخبار.

كما يصح أن ينيب صاحب الحق من عليه الحق في القبض ، كأن يدفع له الإناء ويقول له كله .

* * *

(مادة ٩٧) :

(ا) إذا قبض المشتري المكيل ونحوه جزافا وصدق البائع في قدر المبيع برئت ذمة البائع ، وليس للقابض بعد ادعاء النقص .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٨١ ، ٨٤ ، منتهى صفحة ٥٣ .

(ب) إذا قبض المشترى المكيل ونحوه جزافاً مع سكونه ثقة بقول البائع، ثم وجده ناقصاً، فالقول قول القابض بيمينه فى قدره إن كان المبيع أو بعضه مفقوداً، أو اختلفا فى بقائه على حاله، فإن كان باقياً كله واتفقا على بقائه على حاله، أو ثبت ذلك ببينة، اعتبر بالكيل، أو الوزن أو العد[1].

إيضاح

(ا) إذا قبض المشترى المكيل ونحوه جزافاً وصدق القابض البائع، فى قدر المبيع، برىء البائع من عهدته، فتلفه على قابض. ولا تقبل دعوى نقصه بعد تصديقه.

(ب) إذا قبض المشترى جزافاً ما اشتراه بكيل ونحوه، ثقة بقول باذل أنه قدر حقه بأن لم يحضر كيله، أو وزنه، ثم اختبره فوجده ناقصاً قبل قوله بيمينه مع قدر نقصه لأنه منكر، والقول قول المنكر بيمينه. هذا إذا كان المقبوض قد تلف كله أو بعضه. أو اختلفا فى بقائه على حاله.

أما إذا اتفقا على بقائه على حاله، أو ثبت ببينة أنه باق كله على حاله أعيد كيله، أو وزنه ماداما قد اتفقا على بقائه على حاله.

* * *

(١) كشاف القناع صفحة ٧٩، ٨٠، منتهى الارادات صفحة ٥٣.

التصرف فى المبيع

مادة (٩٨) :

(ا) ينتقل الملك بالعقد الصحيح ، ويلزم البيع بعقد لا خيار فيه .

(ب) المقبوض بعقد فاسد لا يملك بالقبض ، ولا ينفذ تصرف القابض فيه ، ويضمنه ، ويلزمه رد نمائه المنفصل والمتصل ، وأجرة مثله مدة بقائه فى يده . وإن نقص ضمن نقصه ، وإن تلف فعليه قيمته يوم تلفه إن كان من متقوما ، وإلا فبمثله[1] .

إيضاح

(ا) ينتقل الملك بالعقد الصحيح ، ويلزم البيع بعقد لا خيار فيه ، ولكل من المتبايعين حق التصرف فيما صار إليه من ثمن أو مثمن ، إلا فيما يشترط فيه القبض مما يحتاج لحق توفية ، فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه كما سيأتى .

(ب) المقبوض بعقد فاسد لا يملك به ، ولا ينفذ تصرفه فيه ببيع ،

(١) كشاف القناع ٤٣ ، ٨١ ، ٨٣، منتهى الإرادات صفحة ٥١ ، الشرح ٥٧ ، ٥٨ ، ١١٧

ولا غيره ، إلا بالعتق فينفذ لقوته وسريانه وتشوف الشارع إليه .
ويضمن المشترى المقبوض ببيع فاسد كالغصب ، ويلزمه رد النماء المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه فى يده انتفع به أولا . وإن نقص ضمن نقصه وإن تلف أو أتلف فعليه ضمانه بقيمته ببلد وقبضه فيه إن كان متقوما ، وإلا فبمثله .

وإذا تصرف المشترى فى البيع الفاسد ببيع أو نحوه لم يصح ، لأنه باع ملك غيره بغير إذن ، وعلى من اشترى منه رد المبيع إلى البائع الأول، لأنه مالكه . ولبائعه أخذه حيث وجده ، ويرجع المشترى الثانى بالثمن على الذى باعه ، ويرجع الأول على بائعه . فان تلف فى يد الثانى فللبائع مطالبته من شاء منهما . لأن الأول ضامن والثانى قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامنا .

* * *

مادة (٩٩) :

(ا) لا يصح تصرف المشترى فى المبيع قبل القبض فيما يأتى :

١ — المبيع بكيل ، أو عد ، أو وزن ، أو ذرع .
٢ — المبيع بوصف أو رؤية متقدمة على العقد .

٣ — ما قبضه شرط لصحة عقده .

(ب) للمشتري التصرف قبل القبض فيما نص عليه في الفقرة السابقة بما يأتي .

١ — التصرف في المبيع بالعتق .

٢ — جعله مهراً .

٣ — الخلع عليه .

٤ — الوصية به .(١)

إيضاح

(١) من اشترى شيئاً بكيل ، أو وزن ، أو عد أو ذرع ، أو اشتراه بوصف ، او رؤية متقدمة على العقد ، أو اشترى ما قبضه شرط لصحة العقد ، كصرف وسلم وربوى بربوى لم يصح تصرفه في شيء مما تقدم قبل قبضه ، ولو لبائعه ، ولا الاعتياض عنه ، ولا اجارته ولاهبته ولو بلا عوض ، ولا رهنه ولو قبض ثمنه ، ولا الحولة عليه ، ولا الحوالة به ، لحديث : « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » متفق عليه . وهو يشمل بيعه لبائعه وغيره . وكان الطعام مستعملا يومئذ غالبا فيما يكال ويوزن ، وقيس عليهما المعدود والمذروع لاحتياجهما لحق توفيه ، ولأنه من ضمان بائع .

---

(١) كشاف القناع ص ٧٩ ، ٨٣ ، منتهى الارادات ٤٩ ، ٥٠ .

أما إذا بيع مكيل ونحوه جزافاً كصبرة متعينة ، وثوب ، جاز التصرف فيه قبل قبضه نصا ، لقول ابن عمر : «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشترى » ولأن التعيين كالقبض .

(ب) للمشترى التصرف قبل القبض فيما تقدم فى الفقرة السابقة بما يأتى :

١ — التصرف فى المبيع بالعتق .

٢ — جعله مهرا .

٣ — الخلع عليه لاغتفار الغرر فيه .

٤ — الوصية به ، لأنها ملحقة بالإرث .

* * *

مادة (١٠٠) :

(ا) يسرى حكم المادة السابقة على كل عوض ملك بعقد ، سواء كان العقد ينفسخ بهلاك العوض ، أو لا ينفسخ .

(ب) إذا كان العقد لا ينفسخ بهلاك العوض ، وكان التلف بآفة فضمان العوض على الباذل ، وإن كان بغيرها فعلى المتلف[1] .

---

(١) كشاف القناع ٨٣ ، منتهى الارادات ٥١ . ٥٢ .

إيضاح

(ا) يسرى حكم المادة السابقة ، فى جواز التصرف ومنعه على كل عوض ملك بعقد ، فسخ العقد بهلاكه قبل قبضه ، كأجرة معينة فى إجارة ، وعوض معين فى صلح بمعنى بيع ونحوها .

وكذا إذا كان العقد لا ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض كعوض خلع ، وعتق ومهر ومصالح به عن دم عمد ، وأرش جناية ، وقيمة متلف ونحوه كعوض طلاق .

(ب) إذا تلف العوض الذى لا ينفسخ العقد بهلاكه ، فإن كان التلف بآفة سماوية وجب على الباذل ، وإن كان بفعل آدمى ، وجب على المتلف مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان متقوما لبقاء العقد وتعذر تسليمه .

أما من تعين ملكه الذى آل إليه بلاعقد معاوضة ، كإرث ووصية وغنيمة ووديعة ومال شركة وعارية ، فله التصرف فيه قبل قبضه . وذلك لعدم ضمانه بعقد معاوضة ، فملكه عليه تام ، لا يتوهم غرر الفسخ فيه .

* * *

مادة (١٠١) :

يضمن المشترى المبيع بعد قبضه مطلقا ، ويضمنه قبل قبضه ، إلا فى الأحوال الآتية :

١ — إذا كان عدم القبض بسبب امتناع البائع عن تسليم المبيع .

٢ — المبيع بكيل أو عد أو وزن أو ذرع ، إلا إذا امتنع المشترى عن قبضه .

٣ — المبيع بوصف أو رؤية متقدمة .

٤ — الثمر المبيع على الشجر قبل جنيه .

إيضاح

المبيع من ضمان المشترى بعد القبض مطلقا ، وكذا قبل القبض فى المعين ، لقول ابن عمر مضت السنة : « إن ما ادركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع » إلا فى الأحوال الآتية :

فهو من ضمان البائع .

١ — إذا كان عدم القبض بسبب امتناع البائع عن تسليم المبيع ولو لقبض ثمنه فعليه ضمانه ، لأنه كغاصب .

٢ — إذا كان المبيع مما يحتاج لحق توفيه ، بان كان مكيلا أو موزونا أو مذروعا أو معدودا ، إلا إذا امتنع المشترى عن قبضه .

٣ — المبيع بوصف أو رؤية سابقة على العقد ، لأنه يتعلق به حق توفية أشبه مالو اشترى بنحو كيل .

٤ — الثمر المبيع على الشجر قبل جذاذه .

* * *

مادة (١٠٢) :

تلف المبيع أو الثمن

(ا) إذا تلف كل المبيع الذى يضمنه البائع بآفة سماوية انفسخ العقـد ، وإن كان التلف فى بعض المبيع فالمشترى بالخيار بين إمساك الباقى بقسطه من الثمن ، وبين الرد ، واسترداد ما دفع .

(ب) إذا كان التلف فى كل المبيع أو بعضه بفعل البائع ، أو أجنبي كان المشترى بالخيار ، بين فسخ العقد واسترداد الثمن ، وبين الإمساك والرجوع على المتلف بالبدل .

(حـ) يسرى حكم المواد الخاصة بقبض المبيع وتلفه والتصرف فيه على الثمن إذا كان معينا[1] .

إيضاح

(ا) إذا كان المبيع من ضمان البائع وتلف كله بآفة سماوية انفسخ البيع ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — : « نهى عن ربح مالم يضمن » والمراد به ربح ما بيع قبل قبضه .

وإذا كان التلف فى بعض المبيع خير المشترى بين أخذ الباقى بقسطه من الثمن وبين رده واخذ الثمن كله .

(ب) أما إذا كان تلف المبيع كله أو بعضه بفعل البائع أو أجنبى ، خير المشترى بين الفسخ والرجوع بالثمن على البائع . لأنه مضمون عليه إلى قبضه ، ويطالب البائع متلفه بالبدل ، وبين الإمضاء ومطالبة المتلف بمثله إن مثليا ، وقيمته إن كان متقوما .

وإنما لم ينفسخ العقد بتلف المبيع بفعل آدمى بخلاف مالو تلف بفعل الله ، لأنه لا مقتضى للضمان سوى حكم العقد ، بخلاف إتلاف الأدمى ، فإنه يقتضى الضمان بالبدل إن أمضى العقد ، وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن إن فسخ فكانت الخيرة للمشترى بينهما .

(حـ) إذا كان الثمن معينا فهو كالمثمن فى كل ما سبق من احكام

---

(١) كشاف القناع ص ٨٠ ، منتهى الأرادات ٥٠١ ، الشرح الكبير ص ١١٦ ، ١١٧

التلف وجواز القبض بغير إذن المشترى مثال ذلك أن يكون الثمن شعيراً مثلا والمبيع حصانا . فأكل الحصان الثمن قبل قبضه .

فإن لم يكن بيد أحد ، انفسخ البيع ، لأن الثمن هلك قبل قبضه لأمر لا ينسب لآدمى فهو كتلفه بفعل — الله تعالى — . وإن كان بيد آدمى فهو من ضمان من هو فى يده ، لأنه كإتلافه فان كان ، بيد بائع فكقبضه واستقر البيع ، وإن كان بيد مشتر أو أجنبى خير البائع بين الفسخ واسترجاعه ، وبين الإمضاء ومطالبة من كان بيده بمثله .

أما إذا كان الثمن فى الذمة وتلف قبل قبضه أخذ بدله ، لاستقراره فى ذمته فلا ينفسخ العقد بتلفه ولو مكيلا ونحوه ، لأن المعقود عليه فى الذمة لا عين التالف .

* * *

مادة (١٠٣) إذا كان الثمن مما يحتاج لحق توفية وتصرف المشترى فى المبيع قبل إقباض الثمن للبائع ، ثم تلف الثمن بآفة انفسخ العقد الأول دون الثانى ، وألزم المشترى الأول بقيمة المبيع ، وأخذ المشترى الثانى ما وقع عليه العقد .[١]

---

(١) كشاف القناع صفحة ٨٠ ، ٨١ — منتهى الايرادات ٥١

إيضاح

من اشترى شيئا ، كشاة مثلا وتصرف فيه قبل إقباض الثمن للبائع وكان الثمن مكيلا أو نحوه (أى مما يحتاج لحق توفيه) وتلف بآفة انفسخ العقد الأول فقط دون الثانى الذى وقع على الشاة ، لأنه كمل قبل فسخ العقد الأول ، لأن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله ، وغرم المشترى الأول قيمة المبيع لتعذر الرد ، وأخذ من المشترى الثانى ما وقع عليه العقد .

* * *

مادة (١٠٤) إذا خلط المبيع بكيل أو نحوه قبل قبضه بما لا يتميز منه ، لم ينفسخ البيع ، وهما شريكان بقدر ملكيهما وللمشترى الخيار لضرر الشركة .(١)

إيضاح

إذا اختلط المبيع بكيل أو نحوه بغيره قبل قبضه ولم يتميز منه ، كبر اختلط ببر أو نحو ذلك ، لم ينفسخ البيع لبقاء عين المبيع ، والمشترى ومالك ما اختلط به المبيع شريكان فى المختلط بقدر ملكيهما فيه ، وللمشترى الخيار لضرر الشركة .

* * *

---

(١) كشاف القناع صفحة ٨١ .

الإقالة

مادة (١٠٥) :

(أ) الإقالة رفع العقد وإزالته ولا خيار فيها ولا شفعة .

(ب) تترتب آثار الإقالة من حينها لا من أصل العقد المتقايل منه .

(ح) تصح الإقالة بلفظها وبكل ما أدى معناها[1] .

إيضاح

(أ) الإقالة فسخ للعقد : وهى عبارة عن الرفع والإزالة يقال : أقال الله عثرتك : أى أزالها ، ورد الأمر إلى ما كان عليه قبل العقد ، ورجوع كل من العاقدين إلى ما كان له ، وهى مشروعة عند الندم لحديث أبى هريرة مرفوعا: «من أقال مسلما أقال الله عثرته يوم القيامة» ولا خيار فى الإقالة ، لأنها فسخ ، والفسخ لا يفسخ ، ولا شفعة فى الإقالة ، لأن المقتضى لها هو البيع ولم يوجد .

(ب) الفسخ بالإقالة رفع للعقد من حين الفسخ ، لا من أصله . فما حصل من نماء كسب ونماء منفصل فللمشترى لحديث : « الخراج

---

(١) كشاف القناع ٨٥، ٨٦ منتهى الإرادات ٥٤، ٥٥ الشرح الكبير ص ١٢١ ج ٤

بالضمان » . ويبقى المبيع بعد التقايل أمانة بيد المشترى ، ومؤنة رده على البائع ، لرضاه ببقائه أمانة بيد المشترى بعد التقايل ، فلا يلزمه مؤنة رده .

(حـ) تصح الإقالة بلفظها ، بأن يقول : أقلتك ، وبلفظ مصالحة ، وبلفظ بيع ، وما يدل على معاطاة ، لأن المقصود المعنى فكل ما يتوصل به إليه أجزأ .

* * *

مادة (١٠٦) :

(ا) تصح الإقالة قبل قبض مطلقاً ، وبعد نداء الجمعة وتصح من المضارب والشريك ولو بلا إذن رب المال ، أو الشريك ، ومن المفلس بعد الحجر عليه .

(ب) لا يلزم لصحة الإقالة أن تتوافر فيها شروط البيع .

(حـ) لا تصح الإقالة مع تلف المبيع ، ولا بزيادة على الثمن أو نقصه ، ولا بغير جنسه ، ولا مع موت أحد العاقدين أو غيبته[١] .

---

(١) كشاف القناع ٨٥ ، ٨٦ ، منتهى ٥٤ ، ٥٥ ، الشرح ١٢١ .

إيضاح

(أ) تصح الإقالة قبل قبض مبيع مطلقا حتى فيما يحتاج لحق توفية ، لأنها فسخ ، والفسخ لا يعتبر فيه القبض . وتصح بعد نداء الجمعة ، كسائر الفسوخ . وتصح من مضارب وشريك ولو بلا أذن رب المال أو الشريك لظهور المصلحة فيها ، لا من وكل فى شراء أو فى بيع ، لأنه لا يملك الإقالة بغير إذن الموكل لأنه لم يوكله فى الفسخ . كما تصح من مفلس بعد حجر عليه لمصلحة .

(ب) لا يلزم لصحة الإقالة أن تتوافر فيها شروط البيع ، فيصح التقايل فى آبق وشارد كما لو فسخ فيهما بخيار شرط .

(حـ) لا تصح الإقالة مع تلف مبيع مطلقا لفوات محل الفسخ ، وتصح مع تلف ثمن ، ولا تصح مع زيادة على ثمن معقود به أو مع نقصه، أو بغير جنسه ، لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه ورجوع كل منهما إلى ما كان له ، كما لا تصح مع موت أحد العاقدين أو غيبته .

* * *

باب الربا

مادة (١٠٧) : الربا حرام ويبطل به البيع[1] .

---

(١) كشاف القناع ص٨٧، ١٠٣ ، منتهى ص٥٤ ، ٥٥ ، الشرح ٢١١ .

إيضاح

الربا : لغة الزيادة وشرعا تفاضل فى بيع المكيلات بجنسها والموزونات بجنسها ، ونساء فى بيع المكيلات بالمكيلات والموزونات بالموزونات ولو من غير جنسها .

وهو محرم اجماعا لقوله تعالى : «وأحل الله البيع وحرم الربا» . كما أنه من الكبائر لعده صلى الله عليه وسلم فى السبع الموبقات فى الحديث المتفق عليه .

ويحرم الربا بين المسلمين ، وبين المسلم والحربى ، فى دار الإسلام ودار الحرب ، ولو لم يكن بينهما أمان ، لعموم قوله تعالى : « وحرم الربا » وغيره من الأدلة ، إلا بين السيد ورقيقه ولو مدبرا أو مكاتباً ، أو ام ولد لأن المال للسيد .

* * *

مادة (١٠٨) يكون الربا فى كل مكيل أو موزون ، إلا الماء وما أخرجته الصناعة عن الوزن عدا الذهب والفضة .

إيضاح

لا يجرى الربا إلا فى المكيل أو الموزون ، أما ماعداهما كالمعدود أو المزروع فلا ربا فيه ، لما روى عبادة بن الصامت أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال:

(١) كشاف القناع ٨٨ ، منتهى الارادات ٥٦ ، الشرح الكبير ١٢٢ .

« الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » رواه أحمد ومسلم . وعن أبي سعيد مرفوعا نحوه متفق عليه .

وقد اختلف في العلة التي من أجلها حرم الربا في هذه الأصناف الستة ، والأشهر عن أمامنا ومختار عامة الأصحاب أن علة الربا في النقدين كونهما موزوني جنس ، وفي الأعيان الباقية كونها مكيلات جنس ، فيجري الربا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه ولو كان المكيل أو الموزون يسيراً لا يتأتى كيله كتمرة بتمرة ، أو تمرة بتمرتين لعدم العلم بتساويهما في الكيل ، وكذا إذا كان الموزون يسيراً لا يتأتى وزنه كما دون الأرزة من الذهب والفضة ، وسواء كان المكيل أو الموزون مطعوماً أو لا ، كالبر والشعير والحديد ونحو ذلك مما يكال أو يوزن .

أما غير المكيل والموزون كثياب بحيوان ونحوها فيجوز التفاضل فيهما والنساء ، سواء بيع كل منهما بجنسه أو غير جنسه : « لأمر النبي صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر أن يأخذ على قلائص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين أى إلى إبل الصدقة » رواه أحمد والدارقطني وصححه . وإذا جاز في الجنس الواحد ، ففي الجنسين أولى .

ويستثنى من المكيلات والموزونات شيئان لا يجري فيهما الربا مع تحقق علته .

الأول : الماء ، لعدم تموله عادة لإباحته في الأصل .

الثانى : ما أخرجته الصناعة عن الوزن كمصنوعات الحديد والرصاص ونحوها ، كالإبر والسكاكين والثياب والأكسية من حرير وقطن وغيرهما كصوف وشعر ووبر فيجوز بيع سكين بسكينتين ، وإبرة بإبرتين ، لأنها ليست بمكيل ولا موزون وإن كان أصلها مكيلا أو موزونا .

وفى رواية عن الإمام أنه لا يجوز بيع سكينة بسكينتين .

هذا : إذا كان المصنوع الذى أخرجته الصناعة عن أصل الوزن من غير الذهب والفضة ، فان كان منهما حرم الربا مطلقا ، لما روى الأثرم عن عطاء من يسار أن معاوية : « باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها » فقال أبو الدرداء : « سمعت رسول الله ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل » .

وجوز الشيخ بيع مصنوع مباح الاستعمال كخاتم ونحوه من ذهب أو فضة بيع بجنسه بقيمته حالا ، جعلا للزائد ، عن الوزن فى مقابلة الصنعة ، فهو كالأجرة ، وكذا جوز بيع خاتم بجنسه بقيمته نساء ، ما لم يقصد كونها ثمناً له ، فان قصد ذلك لم يجز النساء .

أما إن قال لصائغ اصنع لى خاتماً وزنه درهم ، وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهم ، فليس ذلك بيع درهم بدرهمين .

وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين ، أحدهما فى مقابلة فضة الخاتم ، والثانى : أجرة له فى نظير عمله .

* * *

مادة (١٠٩):

الربا نوعان :

(ا) ربا الفضل : ويكون فى بيع المكيل أو الموزون بجنسه مع زيادة أحد العوضين .

(ب) ربا النساء : ويكون فى بيع المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون بجنسه أو بغير جنسه مع عدم التقابض إلا إذا كان أحد العوضين نقداً .[1]

إيضاح

الربا نوعان : الأول — ربا الفضل : والفضل الزيادة ، والمقصود به شرعا زيادة فى أحد العوضين المتفقين فى المعيار الشرعى والجنس . فاذا بيع مكيل بمكيل من جنسه أو موزون بموزون من جنسه ، حرم التفاضل . لقوله ﷺ : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ...الخ مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم .

النوع الثانى : ربا النساء : والنساء بالمد هو التأخير ، يقال : نسأت الشىء وأنسأته أخرته ، والمراد به شرعا : تأخير القبض فى بيع

---

(١) كشاف القناع ص ٨٧ ، ٩٧ منتهى الإرادات ص ٥٦ ، ٦١ ، ٦٢ الشرح الكبير ص ١٢٣

المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون بجنسه أو بغير جنسه ، فمن باع مد بر بمدبر ، أو باع براً بشعير حرم تأخير القبض .

ويستفاد مما سبق أنه إذا اتفق العوضان فى الجنس والمعيار الشرعى فيشرط لصحة البيع المماثلة فى القدر حتى يخلو البيع من ربا الفضل والقبض قبل التفرق حتى يخلو من ربا النساء .

أما اذا اتفق العوضان فى المعيار الشرعى واختلفا فى الجنس كبر بشعير أو حرير بنحاس حرم تأخير القبض فقط ، وجاز التفاضل . لقوله عليه الصلاة والسلام: « إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف يداً بيد » فان تفرق العاقدان قبل القبض بطل البيع . هذا إذا لم يكن أحد العوضين نقدا ، أما إذا كان أحد العوضين نقدا فلا يحرم النساء ولا يبطل العقد بتأخير القبض ، ولو كان الثانى موزوناً كبيع حديد أو نحاس بدنانير أو دراهم . قال المبدع : بغير خلاف لأن الشارع أرخص فى السلم ، والأصل فى رأس ماله النقدان فلو حرم النساء فيه لانسد باب السلم فى الموزونات غالبا .

ولو كان فى صرف فلوس(١) نافقة(٢) بنقد ، جاز النساء ، واختاره الشيخ وغيره كابن عقيل وذكره الشيخ رواية . قال فى الرعاية . إن قلنا هى عرض جاز ، وإلا فلا ، خلافاً لما فى التنقيح

---

(١) الفلوس : العملة المتخذة من غير الذهب والفضة .

(٢) النافقة : المتداولة .

من أنه يشترط الحلول والتقابض فى صرف نقد بفلوس نافقة ، والذى قاله فى التنقيح قدمه فى المبدع وذكر فى الأنصاف أنه الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب .

* * *

مادة (١١٠) العبرة بالتساوى فى القدر دون القيمة[١] .

إيضاح

المعتبر فى تماثل العوضين تساويهما فى القدر ، كدرهم بدرهم أو أردب بأردب ، ولايضر تفاوت العوضين فى القيمة ، بأن يكون أحدهما رديئاً والآخر جيداً ، فجيد الربوى ورديئه وصحيحه ومكسوره وتبره ومضروبه سواء فى جواز البيع متماثلا يداً بيد وتحريمه متفاضلا أو مع تأخير القبض ، فلاتعتبر المساواة فى القيمة ، فيصح بيع حب جيد بحب خفيف من جنسه أن تساويا كيلا ، لماروى عن أبى سعيد قال جاء بلال إلى النبي ﷺ بتمر برنى فقال له النبي ﷺ : (من أين هذا يابلال ؟ قال : كان عندنا تمر ردىء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي فقال له النبي ﷺ أوه عين الربا عين الربا لاتفعل إن أردت أن تشترى فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به) .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٨٧ ، ٩٧ ، منتهى الارادات صفحة ٥٦ ، ٦١ ، ٦٢ ، الشرح الكبير صفحة ١٢٣ .

مادة (١١١) : الجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل . فى الحرمة وإبطال البيع[1] .

إيضاح

إذا جهل التساوى بين الربويين ، فى الكيل أو الوزن، كأن يكون أحد العوضين مسوساً والآخر سليما أو يكون أحدهما رطباً والآخر يابساً ، أو لحم نزع عظامه بآخر لم ينزع عظمه ، أو يباع عنب بزبيب أو لبن بجبن ، أو حنطة مبلولة أو رطبة بيابسة ، أو المقلى بالنىء لم يجز البيع فى كل ذلك للجهل بالتساوى بين العوضين والجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل .

ومن هذا بيع الفرع بالأصل كالزبد باللبن ، أو الدقيق بالحب وكذلك بيع مامسته النار بنوعه الذى لم تمسه النار ، كعجين شعير بخبزه لذهاب النار ببعض رطوبة أحدهما فيجهل التساوى بينهما .

ومن هذا أيضاً بيع الحب المشتد فى سنبله بحب من جنسه ، لأن الحب إذا بيع بجنسه لايعلم مقداره بالكيل والجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل ، ويسمى هذا البيع بيع المحاقلة وروى عن أنس قوله : « نهى النبى ﷺ عن المحاقله» رواه البخارى. والنهى يقتضى التحريم والفساد .

أما إذا علم تساوى العوضين كدقيق بر بآخر من جنسه استويا

---

(١) كشاف القناع ص ٨٨ — ٩١ ، ٩٣ منتهى الارادات ص ٥٧، ٥٩ الشرح الكبير ص ١٣٢ ج ٤

نعومة . وخبز بخبز من جنسه استويا نشافاً ورطوبة صح البيع ، ولا حرمة للتساوى والقبض .

* * *

مادة (١١٢) :

إذا اختلف العوضان فى المعيار الشرعى صح البيع مع التفاضل وعدم القبض[١] .

إيضاح

إذا اختلفت علة الربا : كما لو باع مكيلا بموزون جاز التفاضل ، والتفرق قبل القبض ، كأن يكون أحد العوضين مكيلا كبر والآخر موزوناً كذهب أو فضة ، أو لحم بدقيق أو نحو ذلك ، لأنهما لم يجتمعا فى أحد وصفى علة ربا الفضل أشبه الثياب بالحيوان .

* * *

مادة (١١٣) :

(ا) لا يجوز بيع المكيل بجنسه وزناً ، ولا بيع الموزون بجنسه كيلا ، إلا إذا علم تساويهما فى المعيار الشرعى .

---

(١) كشاف القناع ص ٩٨

(ب) إذا اختلف الجنس ، صح البيع وزنا أو كيلا ، أو جزافا بشرط القبض .

(ج) يجوز بيع صبرة من مكيل بصبرة من جنسه إن علم العاقدان كيلهما وتساويا فيه ، أو لم يعلماه وتبايعاها مثلا بمثل فكانتا سواء[1] .

إيضاح

(ا) لايجوز أن يباع ما أصله الكيل كالحبوب والمائعات بشيء من جنسه وزنا ، ولا أن يباع ما أصله الوزن بشيء من جنسه كيلا ، إلا إذا علم تساويهما فى معياره الشرعى ، لحديث أبى هريرة مرفوعاً (الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزناً بوزن مثلا بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم ، وروى ابوداود من حديث عبادة ، مرفوعاً « البر بالبر مدين بمدين والملح بالملح مدين بمدين والشعير بالشعير مدين بمدين والتمر بالتمر مدين بمدين فمن زاد أو ازداد فقد أربا » فاعتبر الشارع المساواة فى الموزونات بالوزن وفى المكيلات بالكيل فمن خالف ذلك خرج عن جنس المشروع المأمور به ، إذ المساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل ، هى المساواة فى معياره الشرعى .

(ب) إذا بيع المكيل بغير جنسه كبر بشعير أو بيع الموزون بغير

---

(١) كشاف ص ٨٨ — ٨٩ منتهى الارادات ص ٥٦ .

جنسه ، كحديد بنحاس مثلا جاز بيع بعضه ببعض كيلا أو وزناً أو جزافاً أو متفاضلا ، بشرط القبض لقوله عليه السلام : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » .

(ح) إذا بيعت صبرة من مكيل بصبرة أخرى من جنسها وكان المتعاقدان يعلمان كيلهما وتساويهما فيه ، أولا يعلماه وتبايعاها مثلا بمثل فكيلتا فبان تساويهما فى الكيل صح البيع فى الصورتين .

أما إذا كان المتعاقدان يجهلان كيلهما ، أو كيل أحدهما ويعلمان كيل الأخرى ، فلايصح للجهل بالتساوى ، وقد سبق أنه مبطل للبيع كالعلم بالتفاضل .

* * *

مادة (١١٤) : يجوز بيع الرطب على رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلا ، بالشروط الآتية :

١ — أن يكون الرطب أقل من خمسة أوسق .

٢ — أن يكون المشترى للرطب محتاجاً إليه ، وليس معه نقود .

٣ — أن يكون البيع حالا مع التقابض[١] .

---

(١) كشاف القناع ص ٩٢ منتهى الارادات ص ٩٥ الشرح الكبير ص ١٥٢، ١٥٣

إيضاح

الأصل أن بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر لايصح ، للجهل بالتساوى ، وقد استثنى من ذلك العرايا التى رخص فيها الرسول ﷺ لحاجة الناس . وهى : بيع الرطب فى رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلا إذا يبس ، لا أقل ولا أكثر ، لأن الشارع أقام الخرص مقام الكيل ولايعدل عنه كما لايعدل عن الكيل فيما يشرط فيه الكيل ولايجوز بيعها بخرصها رطبا ولابزيادة عن خرصها أو أنقص منه لترخيصه عليه الصلاة والسلام فى الحديث فى العرايا أن تباع بخرصها كيلا . لأن الأصل اعتبار الكيل من الجانبين سقط فى أحدهما وأقيم الخرص مقامه للحاجة فيبقى الآخر على مقتضى الأصل .

ويشترط لصحة بيع العرايا مايأتى :

١ — أن يكون مقدار الرطب أقل من خمسة أوسق : والوسق ستون صاعاً .

فإن كانت خمسة أوسق أو أكثر لم يصح البيع . لقول أبى هريرة : أن النبي ﷺ « رخص فى العرايا أن تباع بخرصها فيمادون خمسة أوسق أو خمسة أوسق » متفق عليه . شك داود بن الحسين أحد رواته فلا يجوز فى الخمسة لوقوع الشك فيه .

٢ — أن يكون المشترى للرطب محتاجا لأكله وليس معه نقود يمكنه الشراء به ، لأن ماجاز للحاجة لايجوز عند عدمها ، كالزكاة للمساكين .

٣ — أن يكون البيع حالا وأن يتم التقابض بين الطرفين في مجلس بيعها ، والقبض في نخل بتخلية البائع بين المشترى وبينه ، والقبض في تمر بكيله .

* * *

مادة (١١٥) : يحرم ويبطل بيع الربوى بجنسه ومع أحدهما أو معهما شيء آخر من غير جنسهما[١] .

ايضاح

يحرم ولايصح بيع الربوى بجنسه ، إذا كان مع أحد العوضين ، أو معهما من غير جنسهما ، كمد عجوة ودرهم، بمدعجوة ودرهم أو مد عجوة ودرهم بمدين من عجوة أو بدرهمين . وكبيع محلى بالذهب بذهب ، أو محلى بالفضة بفضة . وتسمى هذه الصورة مسألة مد عجوة ودرهم ، لأنها مثلت بذلك ، ونص على عدم جوازها الحديث فضالة بن عبيد « أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي ﷺ لا . حتى تميز بينهما قال : فرده حتى ميز بينهما » رواه أبو داود ، ولمسلم « أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالذهب الذى فى القلادة

(١) كشاف القناع صفحة ٩٤ ، منتهى الارادات صفحة ٦٠ ، ٦١ الشرح صفحة ١٥٦ ، ١٥٧ .

فنزع وحده ثم قال : الذهب بالذهب وزناً بوزن » ومأخذ البطلان سد ذريعة الربا ، لأنه قد يتخذ ذريعة على الربا الصريح ، كبيع مائة فى كيس بمائتين جعلا المائة الثانية فى مقابلة الكيس وقد لا يساوى درهما . أو أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة قسط الثمن على قيمتهما ، فهو من باب التوزيع على الجمل وهو يؤدى إما إلى يقين التفاضل ، أو إلى الجهل بالتساوى ، وكلاهما يبطل العقد فى باب الربا .

وروى عن الإمام أحمد — أنه يجوز البيع ، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه . قال حرب قلت لأحمد : دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء . قال : إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة ، وكذلك روى عن محمد بن أبى حرب الجرجرائى قال أبو داود : سمعت أحمد يسأل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شىء » .

* * *

مادة (١١٦) :

(١) إذا كان الربوى غير مقصود فى البيع ، ولا يمكن بيعه منفردا اعتبر كالمعدوم ، فيصح بيع ما حواه بجنس الربوى أو بغيره .

(ب) يصح بيع الربوى بجنسه إذا خلط بما لا يقصد بيعه ، ولا يؤثر فى وزنه أو كيله ، أو كان لمصلحته[1] .

إيضاح

(أ) إذا كان الربوى لايقصد عادة فى البيع ولايباع منفرداً : كذهب مموه به سقف دار اعتبر كالمعدوم ، فيجوز بيع الدار المموه سقفها بالذهب بذهب ، أو بدار مثلها لأن الذهب فى السقف غير مقصود ولايقابل بشىء من الثمن .

(ب) إذا خلط الربوى بغيره وكان هذا الغير لايقصد ولايؤثر فى وزن الربوى أو كيله لكونه يسيراً ، كالملح فيما يعمل فيه كخبز وجبن وحبات الشعير من الحنطة ولو كان فى أحد العوضين دون الآخر صح البيع . لأن ذلك غير مقصود وكرغيف برغيف مثله ورطل من جبن برطل من جبن .

وكذلك يصح البيع إذا كان غير المقصود الذى خلط الربوى به كثيراً إلا أنه لمصلحة الربوى كالماءفى خل التمر والزبيب فيجوز بيع هذه الأصناف بمثلها مثلا بمثل يداً بيد ولا أثر لمافيها من الماء ، لأنه غير مقصود فى البيع ولمصلحة الربوى المقصود .

---

(١) كشاف القناع ص ٩٥ . منتهى الارادات ص ٦١ ،

أما إن كان غير المقصود كثيراً وليس من مصلحة ماأضيف إليه كاللبن المشوب بالماء إذا بيع بمثله ، لم يجز للسلم بالتفاضل .

* * *

مادة (١١٧) : لا يجوز بيع الدين إلا للمدين به، ويشترط أن يكون الثمن عينا حاضرة[1] .

إيضاح

لايجوز بيع الدين إلا للمدين به ويشترط لصحة ذلك ألا يكون الثمن مؤجلا . بل يجب أن يكون عيناً حاضرة لنهيه عليه السلام « عن بيع الكالىء بالكالىء » رواه أبو داود فى الغريب وفسره الدين بالدين .

ولبيع الدين بالدين صور كلها باطلة . إلا هذه الصورة التى نصت عليها المادة . ومن الصور الباطلة ، بيع الدين لغير من هو عليه مطلقاً ، أى سواء كان الثمن حاضراً أو مؤجلا وذلك لعدم القدرة على التسليم ، ومنها بيع مافى الذمة حالا لمن هو عليه بثمن مؤجل ، ومنها جعل رأس مال السلم ديناً بأن يكون له دين عند آخر فيقول : جعلت مافى ذمتك رأس مال سلم على كذا ، ومنها أن يكون لكل واحد من الاثنين دين على صاحبه من غير جنسه ، كالذهب والفضة وتصارفاها ولم يحضرا شيئاً

(١) كشاف القناع صفحة ٩٨ الشرح الكبير ص ١٦٥ ، ١٧٢

فإنه لايجوز ، سواء كانا حالين او مؤجلين ، لأنه بيع دين بدين ، فإن أحضر أحد الدينين أو كان أحد العوضين ديناً والآخر أمانة ، أو مغصوبا عند صاحبه جاز . ولم يكن بيع دين بدين بل بعين .

* * *

الصّرف

مادة (١١٨) :

(ا) الصرف : بيع نقد بنقد من جنسه أَو غيره .

(ب) يشترط لصحته :

أولا : أن يتم التقابض قبل تفرق العاقدين تفرقاً يبطل خيار المجلس ، سواء اتفق العوضان فى الجنس أو اختلفا فيه .

ثانياً : المماثلة بين العوضين إذا اتفقا فى الجنس .

(حـ) إذا افترق المتصارفان قبل قبض بعض الصرف صح فى المقبوض فقط[١] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ٩٩ ، ١٠٠ ، للمنتهى ص ٦٣

إيضاح

(ا) الصرف : بيع نقد بنقد اتحد الجنس أو اختلف ، سميت بذلك لصريفها وهو تصويتها ، مأخوذ من الصريف وهو : تصويت النقد فى الميزان وقيل لانصراف المتصارفين عن مقتضى البياعات من عدم جواز التفرق قبل القبض . والصرف جائز .

(ب) ويشترط لصحة الصرف شرطان :

أولهما — أن يتم التقابض فى المجلس قبل تفرق العاقدان لقوله عليه الصلاة والسلام « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد » والمعتبر فى التفرق تفرق العاقدين أصليين أو وكيلين تفرقا يبطل خيار المجلس. فلا يضر طول المجلس ولا أن يتماشيا مصطحبين ، أو إلى منزل أحدهما أو إلى الصراف فيتقابضا عنده ، وكذا إذا تفرقا اضطراراً . أما إذا تفرقا باختيارهما ، بالمجلس قبل القبض بطل العقد ، لأن ذلك يبطل خيار المجلس . أو مات أحدهما .

الشرط الثانى لصحة الصرف :

أن يتماثلا العوضان إذا كانا من جنس واحد ، لأن تفاضلهما يؤدى إلى الربا .

(ح) إذا افترق المتصارفان قبل قبض بعض الثمن بان قبضا بعضه فقط ، صح فيما قبض ، و بطل فيما لم يقبض لفوات شرطه .

* * *

مادة (١١٩) :

(ا) لكل من المتصارفين أن يوكل غيره

فى القبض ، بشرط بقاء الموكل فى المجلس حتى تمام القبض .

(ب) إذا شرط المتصارفان الخيار صح العقد وبطل الشرط[1] .

إيضاح

(ا) يجوز للمتصارفين ولأحدهما أن يوكل من يقبض له بشرط أن يتم التقابض ، من الوكيلين أو من أحد المتصارفين ووكيل الآخر قبل تفرق الموكلين ، أو تفرق الموكل والعاقد الثانى الذى لم يوكل ، لأن قبض الوكيل كقبض الموكل ، فإذا تفرق الوكيلان ، أو الموكل والعاقد الثانى قبل القبض بطل الصرف ، سواء افترق الوكيلان أولا ، لتعلق العقد بالقبض .

(ب) إذا شرط المتصارفان الخيار فى الصرف صح العقد وبطل الشرط ، كسائر الشروط الفاسدة . لأنه شرط ينافى مقتضى العقد .

* * *

التصارف على معين

مادة (١٢٠) :

إذا كان التصارف على عينين ، ثم ظهر أن أحد العوضين مغصوب كله بطل العقد[2] .

---

(١) كشاف ص ٩٩ ، ١٠٠ ، منتهى الارادات ص ٦٣ .
(٢) كشاف القناع ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ومنتهى الارادات ص ٦٨

إيضـــاح

إذا تصارف المتعاقدان على معينين من جنسين، كهذا الدنيار، بهذه الدراهم ولو بوزن متقدم على العقد، أو بإخبار صاحبه بأن وزن نقده كذا، ثم ظهر أن أحد العوضين مغصوب كله بطل العقد لأنه باع مالا يملكه، ولأن العقد وقع على عينه فلم يجز له المطالبة ببدله .

وتتعين الدنانير والدراهم فى جميع عقود المعاوضات بتعينها بالإشارة إليها . فلا يصح إبدالها إذا وقع العقد على عينها، ويصح تصرفه فيها قبل قبضها . إن لم تحتج لحق توفية .

أما إذا ظهر أن الغصب فى بعض الصرف، بأن صارفه دينارين بعشرين درهما، فوجد أحد الدينارين مغصوبا بطل العقد فى المغصوب فقط بما قابله، وصح فى غير المغصوب بما قابله .

* * *

مادة (١٢١) :

إذا ظهر أن المتصارف عليه المعين معيب كله بغير جنسه بطل العقد وإذا كان العيب فى البعض بطل فيه[1] .

---

(١) كشاف القناع ص ٩٩ ، ١٠٠

إيضاح

إذا ظهر المتصارف عليه المعين معيب كله ، وكان العيب من غير جنسه ، كنحاس فى الدراهم ولو يسيراً بطل العقد ، لأنه باعه غير ما سمى له فلم يصح ، كبعتك هذا البغل فظهر أنه فرس .

أما إذا كان العيب فى البعض من غير الجنس بأن صارفه دينارين بعشرين درهما ، فوجد أحد الدينارين معيبا ، بطل فى المعيب فقط بما قابله وصح فى السليم بما قابله .

* * *

مادة (١٢٢) :

(ا) إذا كان العوضان المعينان من جنسين ، وظهر بأحدهما عيب من جنسه صح العقد . ولآخذ المعيب الخيار ، بين الفسخ أو الإمساك مع الأرش من غير جنس السليم ، وبشرط القبض إن كان الأرش من جنس المعيب .

(ب) إذا كان العوضان المعينان من جنس واحد ، وظهر

بأحدهما عيب من جنسه صح العقد . وكان لآخذ المعيب الإمساك بلا أرش أو الرد[1] .

إيضاح

(ا) إذا كان العوضان المعينان من جنسين ، وظهر بأحدهما عيب من جنس المعيب كالسواد فى الفضة والخشونة فيها ، وكونها تتشقق عند الضرب ، أو كانت سكتها مخالفة لسكة السلطان ، فالعقد صحيح . لأن العيب لا يبطل البيع سواء ظهر العيب قبل التفرق أو بعده ، ولمن صار إليه المعيب الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش ، فإن رده بطل العقد ، وليس له المطالبة بالبدل ، لأن العقد وقع على عينه . وإذا اخذ غيره أخذ مالم يشتره ، وإن أمسك المعيب فله أرشه من غير جنس السليم لئلا يفضى إلى مسألة مد عجوة ودرهم :

ثم إذا كان الأرش من النقدين فلابد من قبض الأرش بالمجلس ، حتى لا يتفرقا قبل تمام العقد ، أما إذا كان الأرش من غير جنس النقدين كبر وشعير فله أخذه بعد المجلس لأن هذه لا يشترط فيها القبض إذا بيعت بنقد ، وكذا سائر الربويات إذا بيعت بغير جنسها ، فلو باع براً بشعير فوجد بأحدهما عيبا فأخذ أرشه درهما ونحوه مما ليس بكيل جاز ، ولو بعد التفرق من المجلس لما تقدم . أما لو أخذ أرشه مكيلا، فلا بد من قبضه قبل التفرق :

(ب) إذا كان العوضان من جنس واحد وظهر بأحدهما عيب من

---

(١) كشاف القناع ص ٩٩ ، ١٠٠ منتهى الارادات ص ٦٤ ، الشرح الكبير ص ١٦٨ جـ ٤

جنسه صح العقد ، وخير بين الإمساك بلا أرش ، أو الرد ، لما يترتب على الأرش من حصول الزيادة فى أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة فى الجنس الواحد .

* * *

التصارف فى الذمة

مادة (١٢٣) :

يشترط لصحة التصارف فى الذمة أن يتم التقابض قبل التفرق ، وأن يكون العوضان معلومين[١] .

إيضاح

إذا كان العوضان المتصارف عليهما أو أحدهما فى الذمة صح الصرف بالشروط الآتية :

١ — ان يتم التقابض قبل التفرق من مجلس العقد ، ولو لم يكن العوضان معهما وقت العقد واقترضاهما أو مشيا معا إلى محل آخر وتقابضا .

---

(١) كشاف ص ١٠٠ ، منتهى الارادات ص٦٤ . الشرح ص ١٧٢ .

أما حديث « لا تبيعوا غائبا منها بناجز » فمعناه . لايباع عاجل بآجل ، أو مقبوض بغير مقبوض ، والقبض فى المجلس كالقبض حال العقد .

٢ — أن يكون العوضان معلومين ، إما بصفة يتميزان بها ، أو يكون بالبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الإطلاق إليه ، فلو قال بعتك ديناراً مصريا بعشرين درهما من نقد لم يصح . إلا إذا لم يكن بالبلد إلا نوع واحد فتنصرف الصفة إليه .

* * *

مادة (١٢٤) :

(١) إذا كان العوضان فى الذمة ومن جنسين مختلفين ووجد بأحدهما عيب من جنسه فالعقد صحيح .

فإن كان المتصارف قد علم بالعيب قبل التفرق ، فهو بالخيار بين المطالبة بسليم بدله ، أو إمساكه مع الأرش .

أما إذا علم بالعيب بعد التفرق فله الإمساك مع الأرش أو المطالبة ببدله قبل التفرق من مجلس الرد ، وإلا بطل العقد .

(ب) إذا كان العوضان فى الذمة ، وكانا من جنسين ، فوجد أحد العاقدين بما قبضه عيباً من غير جنسه ، فله المطالبة بسليم بدله ما داما فى المجلس ، فإن تفرقا قبل أخـذ البدل بطل العقد[1] .

إيضـــاح

(ا) إذا تصارف العاقدان على جنسين فى الذمة كدينار بعشرة دراهم ، وتقابضا ، ثم ظهر عيب فى أحدهما ، فإما أن يكون العيب من جنس العوض أولا ، فان كان العيب من جنس العوض . فاما أن يعلم بالعيب قبل التفرق أولا فان علم بالعيب قبل التفرق فالعقد صحيح ، وله أخذ سليم بدله قبل التفرق ، لأن العقد وقع على مطلق ، والإطلاق يقتضى السلامة من العيب . كما أن له أيضا أخذ أرش العيب قبل التفرق من غير جنس العوض السليم ، لئلا يفضى إلى مسألة مد عجوة ودرهم .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق فالعقد صحيح أيضا ، كمن اشترى

---

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٠ ، ١٠١ ، منتهى الارادات ص ٦٤ ، الشرح الكبير ص ١٢٧ .

سلعة فوجدها معيبة ، وله إمساكه مع أرش عيبه ، أو رده وأخذ بدله فى مجلس الرد ، لأن قبض بدله يقوم مقامه ، فان تفرقا قبل أخذ بدله فى مجلس الرد بطل العقد ، لقوله عليه السلام « لا تبيعوا غائبا منها بناجز » وكذا الحكم لو ظهر العيب فى بعض العوض .

(ب) إذا كان العوضان فى الذمة وكانا من جنسين ، فوجد أحد العاقدين بما قبضه عيبا من غير جنسه ، كالنحاس فى الفضة فالعقد صحيح ، وله رده قبل التفرق وأخذ بدله سليما .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق ، أو تفرقا قبل أخذ البدل فسد العقد ، لأن قبضه كأن لم يحصل قبض ، وكأنهما تفرقا قبل التقابض فلم يتحقق شرط الصحة .

* * *

مادة (١٢٥) يصح التصارف إذا كان أحد العوضين معينا والآخر فى الذمة ، فإن وجد بهما أو بأحدهما عيب ، فلكل حكمه طبقا للأحكام المنصوص عليها فى المواد رقم :
(١١٦ — ١١٧ — ١١٨ — ١١٩ — ١٢٠)[1].

---

(١) كشاف القناع ص ١٠١ ، المنتهى ص ٦٥ .

إيضـــاح

إذا كان أحد العوضين فى الذمة ، والآخر معينا كصارفتك هذا الدينار بعشرة دراهم مصرية ، أو هذه الفضة بدينار مصرى صح الصرف . ثم إن ظهر بهما أو بأحدهما عيب ، فلكل عوض حكم نفسه ، فيطبق على مافى الذمة إن وجد معيبا ماسبق من أحكام تخصه . وكذلك المعين على ماسبق تفصيله فى المواد المشار إليها فى المادة .

* * *

مادة (١٢٦) :

إذا تلف أحد العوضين بعد القبض ، ثم ظهر أنه كان معيبا فسخ العقد ، ورد الموجود ويلزم من حصل التلف بيده بقيمة التالف ، أو عوضها إن اتفقا عليه ، وذلك فى حالتين .

١ — إذا علم بالعيب بعد التفرق مطلقا .

٢ — إذا علم بالعيب قبل التفرق وكان العوضان من جنس واحد .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق وكان العوضان من جنسين صح أخذ الأرش[١] .

---

(١) كشاف القناع ص ١٠١ ، منتهى ص ٦٥ .

إيضاح

إذا تلف العوضان فى صرف بعد قبضه ، ثم ظهر بعد تلفه أنه كان معيبا فسخ العقد فى حالتين :

الأولى : إذا علم بالعيب بعد التفرق من مجلس العقد سواء كان العوضان من جنس واحد أو من جنسين .

الثانية : إذا علم بالعيب قبل التفرق من مجاس العقد وكان العوضان من جنس واحد .

فإذا فسخ العقد رد العوض الموجود لباذله ، وألزم من حصل التلف بيده بقيمة التالف ، أو عوض القيمة إن اتفقا عليه .

أما إذا علم بالعيب قبل التفرق وكان العوضان من جنسين مختلفين ، فلمن تلف فى يده أخذ أرش العيب ، أو الفسخ والالتزام بقيمته معيبا .

* * *

مادة (١٢٧) :

(ا) يجوز لكل من المتصارفين بلا تواطؤ الشراء من الآخر من جنس ما صرف منه .

(ب) من عليه دينار فقضاه دراهم متفرقة صح إن كانت كل نقدة بحسابها .

(ح) يجوز اقتضاء نقد من نقد آخر بسعر اليوم إن كان أحد النقدين حاضرا وقبض قبل التفرق ، أو كان أمانة ، أو غصبا عند المقتضى[1] .

إيضاح

(ا) لكل من المتصارفين أن يشترى ممن صارفه من جنس ما اخذ منه بلا مواطأة بينهما على ذلك ، كأن صرف منه ديناراً بدراهم ثم صرف منه الدراهم بدينار لما روى أبو هريرة وأبو سعيد أن النبي ﷺ استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر خبيث فقال: « أكل تمر خيبر كهذا ؟ قال : لا إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي ﷺ : لاتفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جيداً » متفق عليه .

ولم يأمره ان يبيعه إلى غير من اشترى منه ولو كان ذلك محرما لبينه له .

(ب) من عليه دينار فقضاه دراهم متفرقة صح ذلك إذا كانت كل نقدة بحسابها من الدينار بأن يقول له هذا الدرهم عن عشر الدينار ، وهذان الدرهمان عن خمسة مثلا .

---

(١) كشاف القناع ص ١٠٢ . المنتهى ص ٦٥ ، ٦٦ .

أما إذا لم تكن كل نقدة بحسابها بأن أعطاه الدراهم مع السكوت ثم حاسبه بعد ذلك وصارفه بها لم يصح ، لأنه بيع دين بدين .

(ح) يصح اقتضاء نقد بنقد آخر لحديث ابن عمر « كنا نبيع الأبعرة بالبقيع بالدنانير ونأخذ عنها الدراهم وبالدراهم ونأخذ عنها الدنانير فسألنا رسول الله ﷺ فقال لا بأس أن تأخذوها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء » رواه أبو داود وابن ماجه .

ويشترط لصحة ذلك : أن يكون أحد النقدين حاضراً فان لم يكن احدهما حاضراً لم يصح ، لأنه بيع دين بدين ، كما يشترط ان يتم التقابض قبل التفرق ، أو ان يكون احد النقدين امانة او غصباً عند المقتضى والنقد الآخر مستقر فى الذمة ، كما يشترط ان يكون الاقتضاء بسعر يومه لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولا يشترط حلول مافى الذمة ، فلو كان مؤجلا وقضاه بسعر يوم القضاء جاز ، لأنه رضى بتعجيل مافى الذمة بغير عوض .

* * *

مادة (١٢٨) :

إذا علم المتصارفان وزن العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك إذا أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه فإن وجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل العقد ، وإن وجده

زائداً صح وكان الزائد مشاعاً مضموناً لصاحبه ، إلا إذا كان العقد على معين فيبطل[1] .

إيضاح

إذا علم المتصارفان وزن العوضين ، أو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه جاز فى الصورتين ان يتبايعا بغير وزن ، فاذا باع ديناراً بدينار وافترقا فوجد أحدهما ماقبضه ناقصاً بطل الصرف ، لأنهما تبايعا ذهبا بذهب متفاضلا ، فان وجد أحدهما بما قبضه زيادة على الدينار فان كان قال : بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل ، لوجود التفاضل ووقوعه على معين . وإن كان قال بعتك ديناراً بدينار ، ثم تقابضا كان الزائد فى يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لأنه قبضه على انه عوض، وإنما لم يفسد العقد لأنه باع ديناراً بمثله ، وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه فان أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه او غير جنسه ، لأنها معاوضة مبتدأة ، وإن اراد احدهما الفسخ فله ذلك لأنه باخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة، ودافعه لايلزمه اخذ عوضه .

هذا إذا لم يكونا فى المجلس فان كانا فى المجلس فيرد الزائد ، أو يدفع بدله .

* * *

---

(١) كشاف القناع ص ١٠٢ ، منتهى ص ٦٦ . الشرح الكبير ص ١٧٤

تحريم الحيل

مادة (١٢٩) :

تحرم الحيل التى تحل حراماً ، أو تحرم حلالا[١] .

إيضـــاح

الحيلة المحرمة : هى ان يظهر عقداً ظاهره الإباحة يريد به محرما مخادعة وتوصلا إلى فعل ماحرم الله تعالى ، أو إلى إسقاط واجب لله تعالى ، أو لآدمى كهبة ماله مثـــلا قرب الحول لإسقاط الزكاة ، أو لإسقاط نفقة واجبة .

والحيل التى يتوصل بها إلى تحليل حرام ، او تحريم حلال محرمة ، لا تجوز فى شىء من الدين لأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسداتها ، والضرر الحاصل منها ولا يزول ذلك مع بقاء معناها .

أما حديث خيبر المشهور الذى امر فيه ببيع التمر الردىء والشراء بثمنه جيداً ، فانما امرهم بذلك لأنهم كانوا يبيعون الصاعين من الردىء بالصاع من الجيد فعلمهم ﷺ الحيلة المانعة من الربا لأن المقصد هنا بالذات تحصيل احد النوعين دون الزيادة ، فان تصورت حرمت الحيلة جمعا بين الأخبار . فعلم ان كل ما قصد التوصل إليه من حيث ذاته لامن حيث كونه حراما جاز ، وإلا حرم .

---

(١) كشاف القناع ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، الشرح الكبير ص ١٧٩ ، ١٨٠

ومن الحيل لو اقرض شيئا وباع إلى المقترض سلعة بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه شيئا بأقل من قيمته توسلا إلى أخذ العوض عن القرض . ، ومنها أن يستأجر أرض بستان بأمثال أجرتها ثم يساقيه على ثمر شجر بجزء من الف للمالك والباقى للعامل ولا يأخذ المالك منه شيئا ، ولايريدان ذلك . وإنما قصدهما بيع الثمرة قبل وجودها أو بدو صلاحها بما سمياه والعامل لايقصد سوى ذلك ، أو ربما لاينتفع بالأرض التى سمى الأجرة فى مقابلتها ، ومثل ذلك من الحيل .

* * *

بيع الأصول والثمار

مادة (١٣٠) :

أولا : بيع الأصول

يدخل فى بيع الدار أو نحوها أرضها بمعدنها الجامد ، وبناؤها وفناؤها وما اتصل بها لمصلحتها ، وما فيها من شجر وعرائش ، دون مادفن فيها من كنز وحجر أو منفصل عنها[1]

إيضاح

الأصول جمع أصل وهو ما يتفرع عنه غيره ، والمراد به هنا

(١) كشاف القناع ص ١٠٥ ، ١٠٧ ، منتهى الارادات ص ٦٨ ، ٧٠ .

الأرض والدور والبساتين ونحوها والثمار جمع ثمر وواحد الثمر ثمرة.

إذا بيعت دار أو نحوها تناول البيع أرضها إذا كانت الأرض يصح بيعها، فإن لم يجز بيعها كسواد العراق لم يتناولها البيع، ويدخل في أرضها ما بها من معدن جامد لأنها كأجزائها، أما المعدن الجاري أو الماء الذي ينبع في بئر وعين فلا يدخل في البيع لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه أشبه ما يجري من الماء في نهر إلى ملكه، ولأنه لايملك إلا بالحيازة وقد تقدم تفصيل لذلك في شروط البيع. كما يتناول البيع بناء الدار وسقفها ودرجها وفناءها، وما فيها من شجر وعريش (وهو ما تحمل عليه الكروم) وتناول البيع أيضاً ما اتصل بالدار لمصلحتها. كسلاليم مسمرة. ورفوف وأبواب منصوبة، وخوابي مدفونة للانتفاع بها ونحو ذلك لأنه متصل لمصلحتها أشبه الحيطان.

ولا يتناول البيع ما كان مودعا في الدار من كنز أو أحجار مدفونة، ولا ما انفصل عنها كحبل، ودلو ورفوف غير مسمرة لعدم الاتصال بها.

* * *

مادة (١٣١):

إذا ظهر بالأرض المبيعة معدن جامد، أو جار لم يعلمه البائع حين البيع، لزم المشتري إخباره به، وكان للبائع حق الفسخ [١].

(١) كشاف القناع ص ١٠٦، المغني ص ٢٠٠.

إيضاح

إذا ظهر بالأرض المبيعة معدن جامد ، أو جار لم يعلم به البائع حين البيع ، فيلزم المشترى إعلامه به ، كما لو اشترى متاعا فوجده خيراً مما اشتراه ، ولأنه زيادة لم يعلم بها ، فاشبه مالو باعه ثوبا على أنه عشرة فبان احد عشر ، وللبائع الخيار بين الإمضاء أو الفسخ .

* * *

مادة (١٣٢) :

يدخل فى بيع القرية دورها وحصنها الدائر حولها وما تخلل بنيانها من شجر . أما المزارع فلا يشملها البيع إلا بنص أو قرينة[١] .

إيضاح

إذا بيعت قرية تناول البيع البيوت والحصن الدائر حولها ، لأن ذلك مسمى القرية والشجر المغروس بين بنيانها سواء كان فى البيوت او بينها .

ولا يتناول البيع مزارعها إلا بقرينة كمساومة عليها ، أو ذكر

---

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٧ ، منتهى صفحة ٧٠ .

حدودها ، أو بذل ثمن لا يصلح إلا للقرية وفى أرضها التى تزرع أو نحو ذلك من القرائن .

* * *

مادة (١٣٣) :

(ا) يدخل فى بيع الأرض ماعليها من مبان وغراس .

(ب) ويدخل فى بيع البستان أرضه وغراسه وسوره[1] .

إيضاح

(ا) إذا بيعت أرض تناول البيع الأرض والغراس والبناء ولو لم يقل بحقوقها ، لأنهما من حقوق الأرض ويتبعانها من كل وجه ، لأنهما يتخذان للبقاء فيها وليس لانتهائه مدة معلومة . بخلاف الزرع والثمر .

(ب) إذا بيع بستان تناول البيع الأرض والفراش والبناء ، لأنه إسم للأرض والشجر والحائط بدليل أن الأرض المكشوفة لا تسمى بستانا .

ولا يدخل فى الأرض والبستان شجر مقطوع ومقلوع — لأن اللفظ لا يتناوله والتبعية انقطعت بانفصالها .

* * *

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٧ ، منتهى صفحة ٦٩ ، ٧٠ .

مادة (١٣٤) :

(ا) إذا كان بالأرض المبيعة زرع لايحصد إلا مرة واحدة بقي للبائع إلى أول وقت أخذه ، مالم يشترطه المشتري لنفسه .

(ب) إذا كان بالأرض المبيعة زرع يجذ مرة بعد أخرى ، أو تتكرر ثمرته فأصله للمشترى ، والجذة والجنية الظاهرة للبائع ، مالم يشترطها المشترى لنفسه ، وعليه قطعها فى الحال[1] .

إيضاح

(ا) إذا كان بالأرض المبيعة زرع لايحصد إلا مرة واحدة سواء نبت هذا الزرع أولا : كبر وشعير وعدس ونحوها ، فهو للبائع . فلم يدخل فى البيع ، لأنه مودع فى الأرض يراد للنقل ، فأشبه الثمرة المؤبرة ، ويبقى للبائع إلى الحصاد بلا أجرة عليه ، ويأخذه أول وقت أخذه ، وإن كان بقاؤه أنفع له ، وعليه إزالة ما يبقى من عروقه المضرة بالأرض ، كما أن عليه تسوية الحفر ، هذا مالم يشترطه المشترى لنفسه فإن اشترطه فهو له ، لأنه بالشرط يدخل تبعاً للأرض .

وإن ظن مشتر الأرض دخول زرع البائع أو ثمر على شجر وادعى الجهل به ومثله يجهله فله الفسخ ، لأنه يفوت عليه منفعة

---

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ ، منتهى صفحة ٦٨ ، ٧٠ .

الأرض والشجر عاما . وإن اختار الإمساك فلا أرض له .

(ب) إذا كان بالأرض المبيعة زرع يجذ مرة بعد أخرى كالنعناع والكرات ، أو تتكرر ثمرته كالقثاء والباذنجان أو تتكرر زهره كبنفسج ونرجس فالأصول من جميع ذلك للمشترى ، لأنها تراد للبقاء أشبه الشجرة والجذة الظاهرة . واللقطة والزهر الظاهر للبائع ، لأنه يبقى مع بقاء أصله أشبه ثمر الشجر المؤبر ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه فى الحال . لأن ذلك ليس له حد ينتهى إليه وربما ظهر غير ما كان ظاهراً ، فلا يمكن تمييز حق كل منهما

هذا إذا لم يشترطه المشترى لنفسه ، فإن اشترطه كان له عملا بالشرط .

* * *

مادة (١٣٥) :

(ا) إذا بيعت الأرض المبذورة فإن كان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة ، فهو للبائع . كالنبات، وإن جهل المشترى أن بها بذرا حين العقد ، فله الخيار بين الفسخ أو الإمضاء بلا أرش.

أما إذا كان البذر مما يجذ نباته مرة بعد أخرى ، أو تتكرر ثمرته أو يبقى أصله فهو للمشترى.

(ب) يصح بيع الأرض مع ما فيها من بذر .

إيضـــاح

(ا) إذا كان بالأرض المبيعة بذر فإن كان البذر مما يحصد نباته مرة واحدة كالبر والشعير فهو للبائع كالنبات . هذا إذا كان المشترى عالماً بوجود البذر فى الأرض ، أما إذا كان جاهلا بوجوده ، فهو بالخيار بين الفسخ لفوات منفعة الأرض عليه ، وبين الإمضـاء بلا أرش . لأنه لانقص بالأرض .

أما إذا كان البذور مما يجذ ثمره مرة بعد أخرى كبذر قثاء وباذنجان ، أو كان البذر مما يبقى أصله كشجر أو كان مما يجذ نباته مرة بعد أخرى ، كبرسيم فهو للمشترى تبعاً للأرض ، لأنه يتبعها لو كان ظاهراً ، فاولى إذا كان مستوراً ، أو لأنه يترك فيها للبقاء ، فاذا كان ما يبقى أصله لا يقصد منه البقاء كالشتل فهو للبائع .

(ب) يصح بيع الأرض بمـا فيها من بذر ، ويدخل البذر تبعاً ، فلا تضر جهالته كاللبن فى الضرع فان ذكر البائع قدر البذر أو صفته كان أولى لصيرورته معلوماً بالوصف ، فاذا بيعت الأرض مع البذر فلا شىء للبائع .

* * *

مادة (١٣٦) :

(ا) إذا بيع نخل تشقق طلعه ، أو شجر بدا ثمره ، أو

ظهر من نوره ، أو خرج من أكمامه ، فما تشقق أو ظهر فهو للبائع ، متروكا إلى الجذاذ ، وما بيع قبل ذلك فهو للمشترى ، والقول قول البائع فى بدو ذلك وتشققه .

(ب) لكل من البائع والمشترى أن يشترط[1] لنفسه ما لصاحبه ، كله أو بعضه .

إيضاح

(ا) إذا بيع نخل تشقق طلعه ولو لم يلقح ، أو بيع شجر بدا ثمره كعنب وتين ، أو ظهر من نوره كمشمش وتفاح ، أو خرج أكمامه كورد وقطن ، فما تشقق من الطلع أو ظهر من الثمر فهو للبائع متروكا إلى الجذاذ ، لحديث « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه . وعلم منه أن ما بيع قبل ذلك فهو للمشترى لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة . ونص على التأبير والحكم منوط بالتشقق لملازمته له غالباً . ويترك إلى الجذاذ لأن تخلية المبيع بحسب العرف والعادة كدار فيها أطعمة أو متاع

---

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٩ ، ١١٠ ، منتهى الارادات ص ٧١ ، ٧٣ ، الشرح الكبير صفحة ١٩١ .

لم يجب نقله إلا حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء . ولا يلزمه النقل ليلا ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك هنا تفريغ النخل من الثمرة فى أوان تفريغها وهو أوان جذاذها . هذا إذا لم يشترط المشترى على البائع قطعه فى الحال فان شرط قطعه . وكذلك إذا تضرر النخل ببقائه فان تضرر قطع لأن الضرر لا يزال بالضرر وقيس ما تشقق من الطلع ما بدا من الثمار لأن بدوه . بمثابة تشقق الطلع والقول قول البائع فى بدو التمر قبل العقد لتكون باقية له لأن الأصل عدم انتقالها عنه . وعليه اليمين .

(ب) يصح لكل من البائع والمشترى أن يشترط لنفسه ما لصاحبه كله أو بعضه . فلو شرط المشترى أن يكون له ما تشقق من الطلع أو بدا من الثمر جاز . وكذلك إذا شرط البائع لنفسه الطلع الذى لم يتشقق أو الثمر الذى لم يظهر جاز لما مر فى الحديث .

* * *

مادة (١٣٧) :

(ا) تشقق بعض الطلع أو بدو بعض الثمر فى الواحدة تشقق وبدو لجميع طلعها وثمرها .

(ب) إذا تشقق طلع بعض النخل دون الآخر ، أو ظهر ثمر بعض الشجر دون الآخر فلكل حكمه .

(ج) لـكل من مالك الأصل ومالك الثمر السقى لمصلحة مايملك ولو تضرر الآخر[1] .

إيضـــاح

١ — إذا تشق بعض طلع الشجرة الواحدة أو ظهر بعض ثمرها اعتبر ذلك تشقق و بدو لجميع ثمرها وكان كله للبائع إلحاقاً لما لم يتشقق أو لم يظهر منه بما تشقق أو ظهر .

ونص الإمام أحمد أن ما أبر للبائع ، وما لم يؤبر للمشترى . والحكم بأن الثمرة كلها للبائع يخالف مفهوم الحديث السابق . وقد أجاب صاحب الـكشاف بقوله لامخالفة لأن قول الإمام ما أبر صادق بما إذا أبر جميع النخلة أو بعضها . وكذلك الحديث «من باع نخلا مؤبراً» فقوله مؤبراً صادق بتأبير جميع ثمرة كل واحدة من النخل وبتأبير بعض كل نخلة منه .

(ب) إذا تشقق طلع بعض النخل المبيع دون الآخر ، أو ظهر ثمر بعض الشجر دون الآخر ، فما ظهر أوتشقق للبائع . وما لم يتشقق فهو للمشترى ، سواء كان من نوع ماتشقق أو غيره لعموم ماسبق .

(ح) لـكل من مالك الأصل وهو المشترى ، ومالك الثمر وهو البائع سقى ماله ، إن كان فى سقيه مصلحة . ولو تضرر الآخر بالسقى ،

---

(١) كشاف القناع صفحة ١١١ ، منتهى الإرادات صفحة ٧٢ .

فلا يمنعان ولا يمنع أحدهما منه لأنهما دخلا فى العقد على ذلك . فليس لأحدهما السقى لغير مصلحته لأن سقيه يتضمن التصرف فى ملك غيره والأصل المنع وإنما إباحته لمصلحة وأيهما أراد السقى فتكاليف السقى تلزمه ، ولا يلزم سقى ما للآخر ولا مشاركته لأنه لم يملكه من قبله .

* * *

مادة (١٣٨) :

لايدخل فى بيع الشجرة مكان غرسها ، وللمشترى الدخول لمصلحتها[1] .

إيضاح

من اشترى شجرة فأكثر من بستان فله تبقيتها فى أرض البائع إن لم يشترط عليه قطعها ، كثمر على شجر بيع بعد بدو صلاحه . ولا يدخل منبتها من الأرض تبع لها لأن اللفظ قاصر عنه والغرس اصل فلا يكون تبعاً . ويثبت للمشترى حق الاجتياز إليها لدلالة الحال عليه .

وله الدخول لمصالحها من نحو سقى وتأبير ، فاذا انقلعت الشجرة او بادت لم يملك إعادة غيرها مكانها لأنه لم يملك منبتها كما تقدم وانقطع حقه من الانتفاع بذلك .

* * *

(١) كشاف القناع صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ .

ثانياً : بيع الثمار

مادة (١٣٩) :

لايصح بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، ولابيع الذرع قبل اشتداد حبه ، إلا فى الأحوال الآتية .

(ا) إذا كان المشترى هو مالك الأصل أو الأرض .

(ب) إذا بيع الثمر أو الحب المذكور مع أصله .

(ج) إذا بيع بشرط القطع فى الحال إن كان له نفع حين القطع ، ولم يكن مشاعا(١) .

إيضاح

لايصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، لحديث ابن عمر قال (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها نهى البائع والمبتاع) متفق عليه .

كما لا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه ، لحديث ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » رواه مسلم . وعن أنس مرفوعاً « أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد » رواه أحمد والحاكم وقال : على شرط مسلم .

---

(١) كشاف القناع ص ١١١ ، ١١٢ .

ويستثنى من عدم صحة بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وبيع الزرع قبل اشتداد حبه فى الأحوال الآتية . فيجوز بيعهما فيها :

١ — إذا بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو الزرع قبل اشتداد حبه لمالك الأصل ، (أى بيع الثمرة لمالك الشجر أو بيع الزرع لمالك الأرض) فيجوز البيع ويصح ، لأنه إذا بيع لمالك الأصل فقد حصل التسليم التام للمشترى لكونه مالك الأصل والقرار . وهناك وجه بعدم الصحة فى هذه الحالة .

٢ — أن يباع ماذكر مع أصله بان يبيع الثمرة مع الشجر ، أو يبيع الزرع مع الأرض . فيصح : لأنه إذا بيع مع الأصل دخل تبعاً فى البيع فلم يضر احتمال الغرر فيه ، كما احتملت الجهالة فى بيع اللبن فى الضرع مع الشاة والنوى فى التمر مع التمر .

٣ — أن يباع ماذكر بشرط القطع فى الحال فيصح قال : فى المغنى بالإجماع ، لأن المنع كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها بدليل ما روى أنس أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الثمار حتى تزهى قال ؟ أرأيت إذا منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه » ، هذا إذا كان ماذكر منتفعاً به حين القطع فان لم ينتفع بها كثمرة الجوز وزرع الترمس لم يصح لعدم النفع بالمبيع .

كما يجب ألا يكون مشاعاً بأن يشترى نصف الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً فلا يصح شرط القطع ، لأنه لا يمكنه قطع ما يملكه إلا بقطع مالا يملكه وليس له ذلك .

* * *

مادة (١٤٠) :

(ا) يصح بيع الجَنْيَةِ الظاهرة والجَذّة الظاهرة فقط مما يجنى أو يجذ مرة بعد أخرى ، بشرط الجنى أو الجذ فى الحال .

(ب) يصح بيع الأصول التى تتكرر ثمرتها ، ويدخل الثمر تبعا له[1] :

إيضاح

(ا) يصح بيع الجنية الظاهرة فقط مما يجنى مرة بعد أخرى ، والزرع الذى يجذ مرة بعد أخرى بشرط القطع فى الحال، لأن الظاهر منه معلوم لا جهالة فيه ولا غرر ، بخلاف مافى الأرض فإنه مستور معيب ولأن الزائد على اللقطة لم يخلق فلم يجز بيعه كما لو باعه قبل ظهوره ، إلا أن يبيعه مع أصله فيصح لأنه بيع للأصل أشبه الحمل مع أمه .

(ب) يصح بيع الأصول التى تتكرر ثمرتها كالقثاء والخيار صغاراً كانت الأصول أو كباراً مثمرة كانت أو غير مثمرة بدا صلاح ثمرها أو لم يبد ، لأن العقد على الأصول ، واما الثمرة فتابعة كالحمل مع أمه .

---

(١) كشاف القناع ص١١٢ ، ١١٣ .

وحصاد الزرع ولقاط اللقطة وجنى الثمرة التى اشتريت على المشترى، لأن ذلك من مؤنة نقل مااشتراه كنقل الطعام المبيع ، بخلاف أجرة الكيال ونحوه ، فانها على البائع لأنها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشترى ، وهى على البائع وهنا حصل التسليم بالتخلية دون القطع بدليل جواز التصرف فيه ، فان شرط ذلك على البائع صح الشرط . كشرطه حمل الحطب ، أو تكسيره .

* * *

مادة (١٤١) :

(ا) إذا اشترى الثمر قبل بدو صلاحه أو الحب قبل اشتداده بشرط القطع ، ثم أبقاه المشترى حتى اشتد أو بدا صلاحه ، بطل البيع .

(ب) إذا حدثت ثمرة جديدة مع ثمرة انتقل ملك أصلها أو مع ثمرة اشتريت بعد بدو صلاحها، ولم تتميز الثمرة الجديدة فإن علم قدرها فالآخر شريك به . وإن لم يعلم قدرها، اصطلحا والبيع صحيح[1] .

---

(١) كشاف القناع صفحة ١١٤ منتهى الإرادات ص٧٤ .

إيضاح

(أ) إذا بيعت الثمرة قبل بدو صلاحها ، كالقثاء ونحوها بشرط القطع فى الحال ثم أخر القطع حتى بدا صلاح الثمر أو اشتداد الحب أو طالت الجذة أو كبرت اللقطة . بطل البيع فيما ذكر بمجرد الزيادة. لأن صحة ذلك يجعل ذريعة إلى الحرام ، ووسائل الحرام حرام كبيع العينة . وإذا بطل البيع فالأصل والزيادة الطارئة بعده للبائع ، كأن العقد لم يوجد ، لكن يعفى عن الزيادة اليسيرة عرفاً كتركه يوماً أو يومين فلا يبطل البيع بذلك لمشقة التحرز منه .

(ب) من باع شجراً عليه ثمرة ظاهرة ولم يشترطها المشترى فهى للبائع كامر ، ثم حدث مع هذه الثمرة الظاهرة ثمرة أخرى فهى للمشترى فإن لم تتميز الحادثة . فإن علم قدرها بالنسبة للأولى كالثلث مثلا فصاحبها شريك للبائع بقدرها ، فان لم يعلم قدرها اصطلحا على الثمرة ولم يبطل البيع . وكذا إذا اختلطت ثمرة مشتراة بعد بدو صلاحها بثمرة حدثت بعد البيع . وإنما لم يبطل البيع لعدم تعذر تسليم المبيع ، لأن اختلاطه بغيره يشبه ما لو اشترى صبرة واختلطت بغيرها ولم يعرف قدر كل منهما .

بخلاف ماتقدم من شراء ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط قطعها ، فتركها حتى بدا صلاحها فان البيع يبطل ، كما تقدم لاختلاط البيع

بغيره بارتكاب النهى وكونه يتخذ حيله على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها .

* * *

باب السلم والتصرف فى الدين وما يتعلق به

تعريف السلم

مادة (١٤٢) :

السلم : هو أن يسلم عينا حاضرة ، فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل (١) .

المقصود بالعين الحاضرة — رأس مال السلم — وبالعوض الموصوف فى الذمة ، المسلم فيه .

ومثال السلم : أن يسلم شخص لآخر بمجلس العقد ثلاثين جنيها على أن يسلمه المسلم إليه ثلاثة قناطير من القطن مضبوطة الصفة بعد أربعة أشهر مثلا .

وقد شرع السلم . لأن أرباب الزروع والثمار ، والتجارات يحتاجون

---

(١) الشرح الكبير جـ ٤ صفحة ٢١٢ .

إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تعوذهم النفقة — فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص والسلم جائز بالكتاب والسنة وبالاجماع .

أما الكتاب فقوله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » قال ابن عباس : — أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية — رواه سعيد .

وأن اللفظ يشمله بعمومه .

وأما السنه فروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنتين والثلاث فقال : « من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه .

وأما الإجماع فقد قال ابن المنذر : «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز » .

* * *

أركان السلم

مادة (١٤٣) : أركان السلم خمسة :

١ — مسلِم .　　　　٢ — مسلم إليه .

٣ — رأس مال السلم . ٤ — مسلم فيه .

٥ — صيغة[1] .

إيضاح

المراد بالمسلم (المشترى) والمسلم إليه (البائع) ورأس مال السلم (الثمن) والمسلم فيه (المبيع) .

والصيغة — وهى ما ينعقد به السلم — ويصح السلم بلفظ البيع لأنه نوع منه وبلفظ السلم والسلف لأنهما حقيقة فيه وبكل ما يصح به البيع .

* * *

شروط صحة السلم

يشترط لصحة السلم زيادة عما شرط لصحة البيع سبعة شروط .

مادة (١٤٤) :

(١) الشرط الأول : أن يكون المسلم فيه مما يمكن ضبط

(١) كشاف القناع جـ ٢ صفحة ١١٧ .

صفاته بأن يكون مكيلا أو موزوناً أو مذروعاً أو معدوداً من الحيوان دون الحوامل منه ·

(ب) ما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة لا يصح السلم فيه ·

(حـ) كل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يسلم أحدهما فى الآخر[1].

إيضاح

١ — اشترط للسلم ما اشترط فى البيع لأن السلم نوع منه ، إلا أن السلم لا يجوز إلا فى المعدوم ، بخلاف البيع فانه يجوز فى الموجود وفى المعدوم بالصفة كما تقدم ، والمراد بالمعدوم هنا الموصوف فى الذمة وإن كان جنسه موجوداً .

والمكيل كالحبوب ونحوها كأدهان وألبان .

والموزون من الأخباز واللحوم النيئة والقطن والحديد وغيرها والمذروع (ما يقاس بالذراع) من الثياب والخيوط .

أما المعدود من الحيوان ، فالمشهور فى المذهب صحة السلم فيه نص عليه أحمد فى رواية الأثرم .

---

(١) كشاف القناع جـ ٢ صفحة ١١٨ ، ١١٩ . الشرح الكبير جـ ٤ صفحة ٣١٣ ، ٣١٧ .

ولأن أبا رافع قال «استسلف النبي -صلى الله عليه وسلم- من رجل بكراً» رواه مسلم وعن عبدالله بن عمرو بن العاص قال «أمرني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن ابتاع البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى مجيء الصدقة» رواه أبو داود ولأنه يثبت في الذمة صداقاً فيثبت في السلم كالثياب ولا يصح في الحوامل من الحيوان — لأن الصفة لا تأتى عليه ولأن الولد مجهول غير متحقق .

وفيه وجه آخر أنه يصح ، لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل صحة بيع الحامل .

أما غير هذه الأنواع الأربعة فلا يصح السلم فيها وذلك كالفواكه المعدودة من رمان وسفرجل وخوخ ونحوها وكذا البيض ، لاختلافها بالصغر والكبر .

ولا يصح السلم في البقول لأنها تختلف ولا يمكن ضبطها بالحزم ولا الجلود لأنها تختلف ولا يمكن ذرعها .

وقيل : يصح السلم فيها حيث أمكن ضبطها صححه في التصحيح فيضبط نحو رمان بوزن .

ولا يصح السلم فيما لا ينضبط كالجواهر من در وياقوت وعقيق وشبهها — لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفاتها .

(ب) لا يصح السلم فيما أخلاطه مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين لأن الصفة لا تأتى عليها .

وكذا ما خلطه غير مقصود ولامصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء — لأن غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولا .

(ح) عدم الجواز راجع لفوات التقابض بمجلس العقد — فلا يصح أن يسلم برا فى شعير لأنهما مكيلان ولاخبزاً فى جبن لأنهما موزونان .

• • •

مادة (١٤٥) :

(ا) الشرط الثانى من شروط السلم — أن يوصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافا ظاهراً .

(ب) إن جاء المسلم إليه بدون ما وصف له أو نوع آخر فللمسلم أخذه ولا يلزمه[١] .

إيضاح

(ا) نصت المادة على أنه يشترط وصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافاً ظاهراً . بأن يذكر جنسه ونوعه . وقدره ولونه وبلده وحداثته وقدمه وجودته ورداءته .

(١) الشرح الكبير ٣١٨ . كشاف القناع صفحة ١٨٣ ، ١٢٤ .

لأن المسلم فيه عوض فى الذمة فلابد من العلم به كالثمن ولأن العلم شرط فى البيع وطريقه الرؤيا أو الوصف والرؤيا متعذرة هنا فتعين الوصف .

ولا يجب استقصاء كل الصفات . لأنه يتعذر وقد ينتهى الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه — فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التى يختلف بها الثمن اختلافاً ظاهراً .

ولا يصح اشتراط الأجود لتعذر الوصول إليه إلا نادراً إذ ما من جيد إلا ويحتمل أجود منه — ولا الأردأ لأنه لا ينحصر فيصف البر بأربعة أوصاف: نوعه فيقول بعلى (وهو مايشرب بعروقه من غير سقى وبلده — فيقول بحيرى أو حورانى .

وقدره من الصغر والكبر — وحداثته أو قدمه .

ولا يسلم إلا مصفى من تبنه وعقده .

ولابد فى الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والأنوثية واللون إن كان النوع الواحد يختلف .

ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقة والنعومة والخشونة .

ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والرقة الطول والقصر .

(ب) إذا جاء المسلم إليه بالمسلم فيه دون ما وصف أو نوعاً آخر فللمسلم أخذه لأنه رضى بدون حقه .

ولا يلزمه لأن فيه إسقاط حقه .

وإن جاء المسلم إليه بجنس آخر بأن أسلم فى بُرّ فجاءه بأرز لم يجز له أخذه لحديث « من أسلف فى شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود .

وإن جاءه بأجود من نوعه وقال خذه وزدنى درهماً لم يجز . لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد وإن جاء بزيادة فى القدر وطلب درهما للزائد جاز .

* * *

مادة (١٤٦) :

(ا) الشرط الثالث : أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والذرع فى المذروع ، والعد فى المعدود الذى يصح فيه السلم .

(ب) لابد أن يكون المكيال والصنجة والذراع معلومة عند العامة[1] .

---

(١) كشاف القناع جـ ٢ صفحة ١٢٤ ، ١٢٥ .

إيضاح

(ا) اشترط أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل فى المكيل — لما روى عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال «من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم» متفق عليه .

ولأن المسلم فيه عوض غائب يثبت فى الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن .

وإذا أسلم فى مكيل وزنا وفى موزون كيلا لم يصح ، لأن قدره بغير ماهو مقدر به كما لو أسلم فى المذروع وزنا أو بالعكس .

وفى رواية عن الإمام أحمد يصح نقلها المروزى — لأن الفرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأى قدر قدره جاز — اختاره الموفق وجمع وجزم بها فى الوجيز والمنور ومنتخب الأزجى .

ولا يصح فى المذروع إلا بالذرع .

(ب) اشترط أن يكون المكيال ونحوه معلوما عند العامة لأنه إذا كان مجهولا تعذر الاستيفاء به عند التلف وذلك مخل بالحكمة التى اشترط معرفة القدر لأجلها ، ولو شرط مكيالا أو ميزانا بعينه أو صنجة بعينها لم يصح السلم ، لأنه قد يهلك فتتعذر معرفة المسلم فيه — وهو عذر —

ولو عين مكيال رجل صح السلم ولم يتعين .

* * *

مادة (١٤٧) :

(١) الشرط الرابع : أن يشترط المسلم إليه أجلا معلوما له وقع فى الثمن عادة .

(ب) إذا اختلف الطرفان فى قدر الأجل أو مضيه أو مكان التسليم فقول المسلم إليه بيمينه وفى أداء المسلم فيه فقول المسلم بيمينه .

(حـ) إذا جاء المسلم إليه بالمسلم فيه قبل محِله ولا ضرر فى قبضه لزمه قبضه وإلا فلا .

(د) إذا أسلم فى جنس واحد إِلى أجلين صح — إِن بين قسط كل أجل وثمنه .

إيضاح

(١) اشترط الأجل المعلوم لقوله عليه السلام « من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » .

فأمر بالأجل كما أمر بالكيل والوزن .

والأصل فى الأمر الوجوب .

---

(١) الشرح الكبير ٣٣٠ ، ٣٣١ . كشاف القناع ص ١٢٥ ، ١٢٧

واشترط أن يكون له وقع فى الثمن — لأن الأجل إنما اعتبر ليتحقق الرفق الذى من أجله شرع السلم — ولا يحصل ذلك بالمدة التى لاوقع لها فى الثمن .

والمدة التى لها وقع فى الثمن شهر — قال الزركشى : — وكثير من الأصحاب يمثل بالشهر والشهرين — فمن ثم قال بعضهم : أقله شهر وقال فى الكافى : نصف شهر وفى المغنى والشرح الكبير ما قارب الشهر — وإذا قال إلى شهر وأطلق — انصرف إلى الهلالى — لقوله تعالى « يسئلونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » وقوله تعالى « إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم » .

ويصح السلم إلى شهر رومى كشباط أو عيد يعرفانه كالنيروز — وإن كان الأجل إلى عيد الفطر او النحر أو عرفة أو عاشوراء صح لأنه أجل معلوم .

ولا يجوز السلم إلى الحصاد والدياس — لأن ذلك يختلف ويبعد ويقرب .

وفى رواية أخرى يجوز — قال أحمد : أرجو أن لا يكون به باس ووجه ذلك أنه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف فى العادة لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً .

(ب) قبلنا قول المسلم إليه فى عدم مضى الأجل لأن الأصل بقاء الأجل ، وفى مكان التسليم لأن الأصل براءة ذمة المسلم إليه من مؤنة نقله إلى الموضع الذى يدعيه المسلم .

وقبلنا قول المسلم فى عدم أداء المسلم فيه لأنه منكر للقبض والأصل عدمه .

(ح) المراد بالمحل بكسر الحاء وقت حلول الأجل .

إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من أحوال ثلاثة .

١ — أن يحضره فى محله — فيلزم المسلم قبوله كالبيع المعين سواء تضرر بقبضه أولا — لأن على المسلم إليه ضرراً فى بقائه فى يده . فإن امتنع قيل له : إما أن تقبض حقك وإما أن تبرىء منه .

٢ — أن يحضره بعد محل الوجوب — فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما من المجلس — فيلزمه قبضه ولو تضرر .

٣ — أن يحضره قبل محل الوجوب — فإذا كان فى قبضه ضرر — إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة — أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب — اولا يؤمن تلفه ويحتاج إلى نفقة كالحيوان لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضا فى تأخيره وإن كان مما لاضرر فى قبضه ولا يتغير كالحديد والزيت فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تعجيل المنفعة .

(ى) إذا أسلم فى جنس واحد إلى أجلين كبر بعضه إلى رجب وبعضه إلى شعبان جاز . لأن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين وآجال .

واشترط أن يبين قسط كل أجل وثمنه — لأن الأجل الأبعد له زيادة وقع عن الأقرب — فما يقابله قل مما يقابل الآخر فاعتبر معرفة قسطه وثمنه .

وإذا سلم فى جنسين كبرّ وشعير إلى أجل واحد صح السلم قياسا على البيع .

* * *

مادة (١٤٨) :

(ا) الشرط الخامس : أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محِله .

(ب) عند تعذر المسلم فيه كله أو بعضه فى محله . كان المسلم بالخيار بين الانتظار والفسخ .

(حـ) عند الفسخ يرجع المسلم برأس مال ما فسخ فيه أو عوضه[١] .

(١) كشاف القناع صفحة ١٢٨ ، ١٢٩ .

إيضـــاح

(ا) اشترط أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله غالبا ـ لوجوب تسليمه إذاً ــ سواء كان المسلم فيه موجوداً حال العقد أومعدوما .

فإن كان لايوجد فى وقت حلوله او لا يوجد فيه إلا نادراً كالسلم فى الرطب والعنب إلى غيروقته لم يصح السلم لأنه لايمكن تسليمه غالبا عند وجوبه ــ أشبه بيع الشارد بل أولى .

وإن أسلم فى ثمرة نخلة بعينها ـ أو بستان بعينه لم يصح السلم ـ لأنه لايؤمن انقطاعه .

ولما روى عنه ﷺ « أنه أسلف إليه يهودى فى ثمر حائط بنى فلان فقال النبي ﷺ : أما فى حائط بنى فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى » رواه ابن ماجه وغيره .

قال ابن المنذر المنع منه كالإجماع لاحتمال الجائحة .

(ب) إذا أسلم إلى وقت يوجد فيه عاماً وتعذر حصول المسلم فيه أو بعضه . إما لغيبة المسلم إليه وقت وجوده أو لعجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة ونحو ذلك . خير المسلم بين صبر إلى أن يوجد المسلم فيه و بين فسخ فى الكل المتعذر أو البعض .

(حـ) يرجع المسلم برأس مال مافسخ فيه كلا كان او بعضاً إن كان رأس المال موجوداً أو عوضه إن كان معدوماً وعوضه مثل مثلى وقيمة متقوم .

* * *

مادة (١٤٩) :

(أ) الشرط السادس : أن يقبض المسلم إليه رأس مال السلم فى مجلس العقد — وإذا قبض بعض رأس المال صح السلم فيما قبض بقسطه .

(ب) إذا اختلف الطرفان فى قبض الثمن فقول المسلم إليه بيمينه وإذا اتفقا على قبض ثم اختلفا هل كان فى المجلس أو بعده فالقول قول من يدعى القبض فى المجلس بيمينه[١] .

إيضاح

(أ) اشتراط القبض قبل التفرق — استنبطه الشافعى رضى الله عنه من قوله ﷺ « من أسلف فليسلف » .

أى فليعط — قال لأنه لايقع إسم السلف فيه حتى يعطيه ماأسلفه قبل أن يفارق من أسلفة .

وحذرا من أن يصير بيع دين بدين فيدخل تحت النهى فاذا قبض المسلم إليه البعض ثم افترقا قبل قبض الباقى صح فيما قبض بقسطه وبطل فيما لم يقبض لتفريق الصفقة ويشترط كون رأس مال السلم معلوم

(١) كشاف القناع ١٢٩ .

الصفة والقدر كالمسلم فيه لأنه قد يتأخر تسليم المعقود عليه — ولايؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس ماله ليرد بدله كالقرض .

(ب) قبل قول المسلم إليه لأنه منكر والأصل عدم القبض وقول من يدعى القبض فى المجلس لأنه يدعى صحة العقد أما الآخر فانه يدعى فساده .

والظاهر فى العقود الصحة .

فان أقام كل واحد بينة بما ادعاه قبلت بينة مدعى القبض فى المجلس لأنها مثبتة (وتلك نافية) ومعها زيادة علم .

* * *

مادة (١٥٠) :

(ا) الشرط السابع : أن يسلم فى الذمة .

(ب) لا يشترط للسلم ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون مجلس العقد لا يمكن الوفاء فيه[١] .

إيضاح

(ا) إذا أسلم فى عين حاضرة لم يصح السلم لأن المعين الحاضر ربما تلف قبل أوان تسليمه — ولأنه يمكن بيعه فى الحال فلا حاجة للسلم فيه .

(١) كشاف القناع ١٢٩ .

(ب) لم يشترط ذكر مكان الإيفاء لأنه ﷺ لم يذكره فى الحديث — ولأن السلم عقد معاوضة أشبه بيوع الأعيان .

ولزم التسليم فى مكانه إن صلح ذلك المكان للتسليم مع المشاحة لأن العقد يقتضى التسليم فى مكانه .

أما إذا كان المكان غير صالح للتسليم كبرية أو بحر أو دار حرب فيشترط فى هذه الحالة تعيين مكان الوفاء .

وللمسلم أخذ المسلم فيه فى غير مكان العقد إن رضى لأن الحق لايعدوهما .

* * *

مادة (١٥١) :

لا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه — ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به ولا عليه ولا أخذ رهن أو كفيل به[١] .

إيضاح

لايجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام قبل قبضه .

ولأنه بيع لم يدخل فى ضمانه فلم يجز بيعه قبل قبضه كالمكيل — ولم يصح أخذ غير المسلم فيه مكانه لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » .

(١) الشرح الكبير ٣٤٨ .

ولأن أخذ العوض عن بيع فلم يجز كبيعة — سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً — وسواء كان العوض مثله فى القيمة أو أقل أو أكثر ولم تصح الحوالة به لأنها معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم تجز كالبيع ولا الحوالة عليه — لأنها لاتصح إلا على دين مستقر — والسلم عرضه للفسخ ولا يصح أخذ الرهن به — لأن الرهن إنما يجوز بشىء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن — والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ولا من ذمة الضامن .

ولأنه لايامن هلاك الرهن فى يده بعدوان فيصير مستوفيا لحقه من غير المسلم فيه — وقد قال النبي ﷺ « من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره) رواه أبو داود .

ولأنه يقيم مافى ذمة الضامن مقام مافى ذمة المضمون عنه فيكون فى حكم أخذ العوض والبدل منه وذلك لا يجوز وروى حنبل جوازه لقوله تعالى : « يـاأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين — إلى قوله مقبوضة » .

وقد روى عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولأن اللفظ عام فيدخل فيه السلم .

ولأنه أحد نوعى البيع — فجاز أخذ الرهن بما فى الذمة منه كبيوع الأعيان .

* * *

مادة (١٥٢) :

تجوز الإقالة فى السلم أو فى بعضه بشرط قبض رأس مال السلم أو عوضه فى مجلس الإقالة[1] .

إيضـــاح

الإقالة فى السلم جائزة لأنها فسخ . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة فى جميع ما أسلم فيه جائزة .

ولأن الإقالة فسخ للعقد وقع من أصله — وليست بيعا .

أما الإقالة فى بعض السلم — فقد روى حنبل عن أحمد قال :

لا بأس — روى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاووس والشافعى وأبى حنيفة وغيرهم .

لأن كل معروف جاز فى الجميع جاز فى البعض كالابراء .

وروى أن الإقالة فى البعض لا تجوز .

لأن السلم فى الغالب يزاد فيه الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله فى البعض بقى البعض بالباقى من الثمن وبمنفعة الجزء الذى حصلت الإقالة فيه .

وإذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً وإلا رد مثله إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا .

ويشترط رده فى المجلس كما يشترط فى السلم .

---

(١) الشرح الكبير ٣٤٣ ، ٣٤٤ .

وإذا انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضا من غير جنسه . متى أراد أن يعطيه عوضا عن الثمن لقوله عليه السلام : « من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » .

* * *

مادة (١٥٣) :

إذا قبض أحد الشريكين بعض الدين المشترك بينهما . كان الشريك بالخيار بين أن يطالب المدين أو القابض بحصته من المقبوض . إلا إذا كان القابض . قد استأذن فى القبض أو تلف المقبوض فيتعين الرجوع على المدين[1] .

إيضاح

إذا قبض أحد الشريكين فأكثر بعض دين مشترك لهما بسبب إرث أو إتلاف اشترك أو بيع لمشترك نشريكه مخير بين أخذ من مدين لبقاء اشتغال ذمته أو من قابض للاستواء فى الملك وعدم تمييز حصة أحدهما عن حصة الآخر — فليس أحدهما أولى من الآخر — ما لم يستأذنه الشريك فى القبض . فان أذن له بالقبض من غير توكيل فى نصيبه فقبضه لنفسه

لم يحاصصه — كما لو قال اقبض لك . وما لم يتلف مقبوض فيتعين مدين والتالف من حصة القابض . لأنه قبضه لنفسه . . ولا يضمن لشريكه شيئاً لعدم تعديه . لأنه قدر حقه .

* * *

مادة (١٥٤) :

من تجدد له على غريمه مثل ما له عليه من دين تساقطا أو بقدر الأقل — ولو بغير رضاهما — ما لم يكونا أو أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا أو تعلق بأحدهما حق الغير[1] .

إيضاح

من تجدد له دين على غريمه مثل ماله عليه من دين جنساً وقدراً وصفة حالين — أو مؤجلين اجلا واحداً تساقطا إن استويا أو سقط من الأكثر بقدر الأقل إن تفاوتا قدرا — ولو بغير رضاهما .

لأنه لا فائدة من أخذ الدين من أحدهما ثم رده إليه .

إلا إذا كان الدينان أو أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا .

لأنه تصرف فى دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح .

(١) المنتهى ص ٨٦ .

أو تعلق باحد الدينين حق — بأن بيع الرهن لتوفيه دينه من مدين غير المرتهن .

أو باع المفلس بعض ماله لبعض غرمائه بثمن فى الذمة من جنس دينه فلا مقاصة .

لتعلق حق المرتهن أو الغرماء بذلك الثمن .

تصويب الخطأ

(تقنين الفقه الحنبلى)

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢١	٨	وما ويه	وما فيه
٢١	١١	الإ لاق	الإطلاق
٢٢	٦	والعاقد	العاقد
٢٥	٣	استننت	استثنت
٢٦	١٤	لا مقاد	لانعقاد
٢٨	١٠	لا أن يكون	إلا أن يكون
٣٥	١	فع د	دفع
٣٥	١٠	وقرفة	موقوفة
٣٧	٤	والسكلا	والسكلأ
٤١	١٢	الروية	الرؤية
٤٢	٤	رءآه	وآه
٤٧	٢	لم يسدل	لم يعدل
٤٨	١٣	أو لم يعلمه	ولم يعلمه
٦٨	١	المرتب	المترتب
٦٩	٤، ١٥	آنس	أنس
٦٩	٥	، الحكة	والحكمة

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٨٦	٣	فؤنا	فأنا
٩١	١١	إلى	لى
١١٠	٣	أصليين	أصيلين
١١١	٣	إذا انصرف	إذا تصرف
١١٢	٤	إذ انصرف	إذا تصرف
١١٥	١٦	الممن	المُمن
١٢١	٤	ان قى	ان بقى
١٢٣	١	ولا يفتقر	ولا يفتقر
١٤٢	١٠	حدها	أحدها
١٤٤	١٣	التناسخ	التفاسخ
١٥٠	٥	أعد	أوعد
١٥٢	٧	القد	النقد
١٥٩	٤	وقبضه	قبضه
١٦٦	٩	فى ذسته	فى ذمته
١٦٧	١٣	كمر اختلط بير	كبر اختلط ببر
١٧٢	٢	مثل بمثل	مثلا بمثل
١٧٣	٩	عطاءهن يسار	عطاء بن يسار
١٧٥	٨	كيف	كيف شئتم
١٧٩	١٧	بع	بيع

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٨٥	٢	للسلم	للعلم
١٨٥	٩	الدين بالدين	بالدين بالدين
١٨٧	٩	أصليين	أصيلين
١٨٧	١٢	باختيارهما بالمجلس	باختيارهما ، أو مات أحدهما بالمجلس
١٨٧	١٣	خيار المجلس أومات أحدهما	خيار المجلس
١٩٩	١٠	والقد	والنقد
٢٠٥	١٠	والفراش	والغراس
٢٠٨	١٤	لعيرورته	لصيرورته
٢١١	٧	ما أبـ	ما أبر
٢١٤	٢	حبه فى الأجوال	حبه الأحوال
٢١٤	١١	فى الثمر مع الثمر	فى التمر مع التمر
٢١٧	١٢	يقدرها	بقدرها
٢١٩	١	لتسكل	لتسكمل
٢٢٢	٧	مع لأم	مع الأم
٢٢٣	٢	علتها	عليها
٢٢٤	١	العام	العلم
٢٣٠	٧	واذا سلم	وإذا أسلم
٢٣٨	١٤	قضيه	قبضه



الفهرس

رقم الصفحة

كتاب البيع

رقم الصفحة

أنواع الخيار

رقم الصفحة

باب الربا

باب الصرف

بيع الأصول والثمار

باب السلم

رقم
الصفحة

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٧٢/٣٦٧٢